IREDIC

INSTITUT DE RECHERCHE ET D'ETUDES EN DROIT DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

LA RESPONSABILITÉ DES ACTEURS DE L'INTERNET : UN REMAKE FAÇON « TWILIGHT »

Mémoire réalisé par Mlle. Oriane IBANEZ

Sous la direction de M. Le Professeur Jean FRAYSSINET

Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Master II « Droit des médias et des télécommunications »

Parcours Médias Professionnel

Aix-en-Provence

2009-2010

Je tiens tout d'abord à remercier

Claire, Elodie, Julia, Marion et Sophie pour m'avoir soutenue et encouragée dans mes idées, ma mère, pour avoir été « mon réveil humain » chaque matin…

TABLE DES ABRÉVIATIONS

CA	**Cour d'appel**
CCass	**Cour de cassation**
CC	**Conseil constitutionnel**
C.civ.	**Code civil**
CJUE	**Cour de justice de l'Union Européenne**
C. pén.	**Code pénal**
DMCA	**Digital Millenium Copyright Act**
FAI	**Fournisseur d'Accès Internet**
HADOPI	**Haute autorité pour la diffusion des Œuvres et protection Internet**
LCEN	**Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique**
LSI	**Loi pour la Société de l'Information**
TGI	**Tribunal de grande instance**

SOMMAIRE

CHAPITRE 1 : HÉSITATION
Section I - PREMIÈRE RENCONTRE
Paragraphe 1 : MOTIVATION
Paragraphe 2 : PRISE DE POSITION

Section II - LE GRAND JOUR
Paragraphe 1 : LE TRAITÉ
Paragraphe 2: TIC TAC, TIC TAC, TIC TAC

CHAPITRE 2 : TENTATION
Section I - PHÉNOMÈNE
Paragraphe 1 : IMPRÉVU
Paragraphe 2 : ADRÉNALINE

Section II - STRATAGÈME
Paragraphe 1 : PARI
Paragraphe 2 : PRESSION

PROLOGUE

FASCINATION

Á l'origine l'Internet à été mis en place et utilisé par des militaires américains et des chercheurs. Appréhendé initialement par les institutions, organisme privés et public, l'Internet avait un objectif purement informationnel. La deuxième génération de l'Internet a eu pour effet quant à elle de permettre aux internautes d'interagir sur les sites web.

Cette mutation du Web 2.0 ou Web social apparue en 2006 se caractérise par la prolifération des informations et la nécessité de recourir aux outils permettant le tri et la recherche. Ainsi la dématérialisation et la mise en réseau ouvrent des perspectives dont on ne fait encore que commencer l'exploration.
L'apport le plus évident de l'Internet est sans doute la libération de la parole, la possibilité pour toutes personnes connectées d'exercer de façon significative son droit à la liberté d'expression. En effet la possibilité de contribuer au contenu, de participer, de réagir sur des blogs ou forum de discussion fait que désormais l'Internet est partie intégrante de la vie de l'internaute.
De plus les enjeux économiques sur l'Internet sont incommensurables et les professionnels prennent conscience qu'il est nécessaire de générer une activité sur ce réseau, vecteur de communication.
Ainsi l'apparition de nouvelles activités économiques se caractérise par le déploiement et la diversification des modes de communication sur l'Internet provoquant ainsi l'émergence de toutes sortes d'intermédiaires techniques ou non.

Toutefois de nombreux contenus illicites vont pouvoir être diffusés portant atteinte aux droits des tiers ou à l'ordre public. Ces atteintes sont donc naturellement sources de responsabilité des acteurs de l'internet à condition d'une part de les identifier et d'autre part de déterminer les conditions de leur responsabilité.

Après plusieurs hésitations la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique du 21 juin 2004 transposant en partie la Directive Européenne du 8 juin 2000 relative au commerce électronique a défini les acteurs de l'Internet et a fixé le régime de responsabilité applicable à chacun.

Cependant le remaniement du Web 1.0 en Web 2.0 a considérablement modifié les comportements de chacun sur la Toile entraînant les juges à procéder à une interprétation particulière des dispositions de la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique.

De plus, les outils de recherche sur internet sont considérés désormais comme une des pierres angulaires de cet univers numérique mais ils sont également sources de problèmes juridiques.

Subjugué par une technologie et des outils encore inimaginables il y a quinze ans, la question de la responsabilité des acteurs de l'Internet pose de nombreuses difficultés.
Hésitant à déterminer le régime de responsabilité des prestataires techniques (I) le législateur à tenté d'assimiler ce régime aux moteurs de recherche qui constituent désormais la première source d'information sur Internet (II).

La responsabilité des acteurs de l'Internet ou *la saga du désir interdit…*

CHAPITRE 1

HÉSITATION

« *L'hésitation est le propre de l'homme* ».

Henri de Montherlant

Section I PREMIERE RENCONTRE

« L'avenir nous tourmente, le passé nous retient, c'est pour ça que le présent nous échappe ».
Gustave Flaubert

Paragraphe 1 MOTIVATION

« Rien n'est plus insondable que le système de motivation derrière nos actions »
Georg Christoph Lichtenberg, Extrait de Le miroir de l'âme

A.LÉGENDES

Á l'origine, une légende est un récit fictif, le plus souvent d'origine orale faisant appel au merveilleux.

Le débat relatif à la responsabilité des prestataires techniques a débuté devant le juge des référés dans les années 90.

En effet le 15 mars 1996[1], l'Union des étudiants juifs de France assigne en référé neufs fournisseurs d'accès Internet français (Calvacom, Internet Way, GIP Renater, Oleane, Eunet, Compuserve, Axone, Francenet, Imaginet) au motif que ces derniers ne devaient pas relayer la diffusion publique de message à caractère raciste, antisémite et négationniste sur le territoire français, tombant sous le coup de la loi dite Gayssot[2]. Elle demande donc l'établissement d'une charte d'éthique par les prestataires d'accès et la désignation de l'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale afin de déterminer s'il existait des mesures techniques appropriées pour bloquer l'accès à ces serveurs et messages négationnistes. Or cette demande est rejetée, attendu que « … il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises… La liberté d'expression constitue une valeur fondamentale, dont les juridictions de l'ordre judiciaire sont gardiennes et qui n'est susceptible de trouver des limites, que dans des hypothèses particulières, selon des modalités strictement déterminées ». Considérant la demande de l'UEJF trop générale et imprécise, le juge a par ailleurs

[1] TGI Paris, référé, 12 juin 1996, UEJF c/ Calvacom et autres
[2] Loi française n° 90-615 du 13 juillet 1990 « tendant à réprimer tout propos raciste, antisémite ou xénophobe »

donné acte de différents engagements de nature déontologique pris par certaines des parties.

Dans la même année, deux fournisseurs d'accès Internet (World Net et France Net) ont été mis en examen sur le fondement de la responsabilité en cascade de l'article 227-23 du Code pénal[1] pour diffusion d'images à caractère pédophile.

Or techniquement, il est impossible de surveiller de façon efficace, l'ensemble des contenus qui peuvent transiter par les installations des fournisseurs d'accès. Ainsi ils se limitent à un rôle purement technique : assurer la permanence et la sécurité de la connexion de l'internaute au réseau.

Alors que la jurisprudence entérine le principe d'irresponsabilité quant aux fournisseurs d'accès internet, les hébergeurs semblent être soumis au droit commun de la responsabilité. La coupable : Estelle Hallyday !

Ayant constaté la diffusion de photos privées quelques peu dénudées sur le réseau Internet par l'intermédiaire du site *altern.org/silversurfer*, le mannequin demande au tribunal de grande instance de Paris[2] d'enjoindre Valentin Lacambre, gestionnaire du service d'hébergement Altern.org, afin de mettre un terme à la diffusion desdites photos, portant atteinte à l'intimité de sa vie privée.

« Attendu que toute personne a, sur son image et sur l'utilisation qui en est faite, un droit absolu qui lui permet de s'opposer à sa reproduction et à sa diffusion sans son autorisation expresse et par écrit, et ce quel que soit le support utilisé », alors la diffusion des dix neufs photos sans l'autorisation de Estelle Hallyday porte atteinte au droit de celle-ci sur son image.

Toutefois se pose la question de la responsabilité d'un fournisseur d'hébergement en raison du contenu illicite mis à disposition des internautes sur les sites hébergés.

Novice en la matière, le tribunal, par ordonnance du 09 juin 1998, fit injonction à l'hébergeur de « mettre en œuvre les moyens de nature à rendre impossible toute diffusion des clichés photographiques en cause à partir de l'un des sites qu'il héberge ».

Estimant que le fournisseur d'hébergement a une obligation de contrôle et de surveillance des sites hébergés, pour pouvoir s'exonérer de sa responsabilité « le fournisseur d'hébergement devra donc justifier du respect des obligations mises à sa charge, spécialement quant à l'information de

---

[1] Art 227-23 Code pénal : « Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende. Le fait de diffuser une telle image, par quelque moyen que ce soit, est puni des mêmes peines. Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 500 000 F d'amende lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans."

[2] TGI Paris, Ordonnance de référé, 9 juin 1998, Estelle H c/ Valentin L.

l'hébergé sur l'obligation de respecter le droit de la personnalité, le droit des auteurs, des propriétaires de marque, de la réalité des vérifications qu'il aura opérées, au besoin par des sondages et diligences qu'il aura accomplies dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers pour faire cesser cette atteinte ».

Face à cette position, les hébergeurs de contenu s'inquiètent quant à la charge de responsabilité qui pèse sur eux et pour cause… En date du 10 février 1999, la Cour d'appel de Paris[1] affirme que « la diffusion des photographies litigieuses … engage manifestement la responsabilité de Valentin Lacambre et justifie l'octroi à Madame Estelle Hallyday, dont l'atteinte au droit à l'image et à l'intimité de la vie privée, ainsi que le préjudice qui en résulte, ne sont ni contestables, ni contestés, une provision sur dommages et intérêts, … fixée à 300 000 francs ».

Ainsi pour la première fois en France, une Cour d'appel se prononce sur la responsabilité civile d'un fournisseur d'hébergement s'agissant des contenus illicites ou dommageables des sites hébergés.

Alors que la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 novembre 1990 avait estimé que le fournisseur d'hébergement ne pouvait être tenu responsable du contenu illicite d'un service hébergé, sauf s'il en avait eu connaissance, l'attitude des juges du second degrés nous laisse perplexe (sans voix) car, si cette jurisprudence tend à se confirmer, le risque de délocalisation des fournisseurs d'hébergement, en leur imposant une obligation permanente de contrôle éditorial, est à craindre. De plus, la Commission européenne, dans sa proposition de directive du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, préconise le principe de l'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, à certaines conditions, inspirée directement de la législation américaine relative au droit d'auteur sur les autoroutes de l'information[2] : l'application d'une quelconque responsabilité éditoriale étant instantanément exclue puisque les fournisseurs d'accès et d'hébergement sont exonérés de toute obligation en matière de surveillance ou de recherche active des infractions (article 15). La tête dans les nuages, cet arrêt impose une obligation irréaliste aux fournisseurs d'hébergement français, voire irréalisable !

Face à de multiples critiques, le Tribunal de commerce de Paris[3] considère que « le rôle de l'hébergeur s'est limité à l'hébergement et aucune disposition ne lui impose de vérifier le contenu des informations dont il permet l'accès » De même, le 28 septembre 1999 le Tribunal d'instance

---

[1] CA Paris, 14ème Ch, Sect. A, 10 février 1999, Estelle H. c/ Valentin L

[2] Digital Millenium Copyright Act, *public Law n°105-304, 112 Stat. 2860 (28 octobre 1998),*

[3] TC Paris, 07mai 1999« Electre c/ T.I. Communications et Maxtox Hébergement » du 7 mai 1999

[4] TI de Puteaux 28 sept. 1999 Axa victimes de propos diffamatoires publiés sur un site hébergeur : Infonie

de Puteaux[4] refuse la condamnation d'un hébergeur sur le fondement de la responsabilité éditoriale définie par la loi du 29 juillet 1982, constatant que l'hébergeur n'avait aucun contrôle sur le transfert des données effectué par l'abonné. Ainsi seule la personne ayant procédé à la mise en ligne du contenu peut être tenue pour responsable.

Prise de conscience ou simple dissidence ?

Or quelques mois plus tard, Linda Lacoste vole la vedette à Estelle Hallyday.

Suite à la diffusion de photos dénudées du mannequin sur des sites au nom très évocateurs (Voilà, Parisvoyeur, Goutemoi, Frenchcelebs, Bandante), cette dernière assigne les trois hébergeurs qui avaient hébergé lesdits sites.

Sur le fondement de l'article 9, le Tribunal de Grande instance de Nanterre constate la violation du droit à l'image et au respect de sa vie privée (comme pour la précédente affaire) et apporte quelques précisions s'agissant de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement. Compte tenu des réalités techniques de l'hébergement de sites internet « il n'appartient pas au fournisseur d'hébergement d'exercer une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites qu'il abrite. Cependant il doit prendre les mesures raisonnables qu'un professionnel avisé mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent ; cette apparence devant s'apprécier au regard des compétences propres du fournisseur d'hébergement ».

En l'espèce la société SPPI cumulait la fonction d'hébergeur et d'éditeur ce qui justifie sa condamnation sur le fondement de sa responsabilité d'éditeur. Or, en ce qui concerne la société Multimania qui n'avait qu'un rôle d'hébergeur, compte tenu de son manque de coopération et de vigilance, le tribunal considère son attitude comme irresponsable étant déjà avertie du précédént qu'avait crée l'affaire « Estelle Hallyday ».

En effet le tribunal rappelle que, à la différence du fournisseur d'accès « dont le rôle se limite à assurer le transfert des données dans l'instantanéité et sans possibilité de contrôler le contenu de ce qui transite par son service, le fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter et qu'il a donc la capacité d'y accéder et d'en vérifier la teneur ».

Le 24 mai 2000, ce même tribunal déboute l'UEJF, exigeant la condamnation de Multimania pour avoir hébergé un site nazi avec des propos racistes, considérant que l'hébergeur avait satisfait aux obligations dégagées par la jurisprudence Lacoste.

D'ailleurs la Cour d'appel de Versailles[1] infirme le jugement du tribunal de Nanterre dans

[1] Cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, Multimania c/ Linda Lacoste

l'affaire Lacoste, estimant que la société Multimania avait fait les diligences requises pour s'exonérer de toute responsabilité.
Ainsi semble peser sur les fournisseurs d'hébergement une obligation de moyens assimilée à un principe de bon père de famille, précision importante donnée par le juge puisqu'elle organise une responsabilité des hébergeurs qui était jusqu'alors incertaine. Appréhension ou timidité, le législateur n'a plus le choix et doit intervenir pour instaurer un régime de responsabilité.

Au fil du temps, la légende devient un mythe pour les sociétés futures, car elle perd en précision et gagne en fantaisie et en grandeur.

B. NOUVEAU – NÉ

« Le mérite vaut bien la naissance »

Pierre Carlet de Chamblain de Marivaux Extrait de Le jeu de l'amour et du hasard

Le temps est venu pour le législateur de prendre en compte les spécificités des professionnels de l'Internet qu'il s'agisse des fournisseurs d'accès, des prestataires d'hébergement et de tout autre intermédiaire.

L'heureux événement est prévu pour le 1er aout 2000

En 1996, François Fillon avait proposé certains amendements à la loi du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, afin d'introduire trois nouveaux articles dont l'article 43 -1 qui disposait que « toute personne dont l'activité est d'offrir un service de connexion à un ou plusieurs services de communication audiovisuelle ... est tenue de proposer à ses clients un moyen technique leur permettant de restreindre l'accès à certains services clients ou de les sélectionner ».
Afin de prévenir des infractions pénales telles que l'accès par des mineurs à des contenus de types pornographiques, mais également des infractions liées aux biens informatiques telles que les réseaux de « peer to peer » ou encore les sites dits de « hacking », une telle réaction s'avérait nécessaire.
Or cet amendement qui présageait de rendre les fournisseurs d'accès pénalement responsables des contenus des services et ayant fait l'objet d'un avis défavorable du Comité supérieur de la télématique, sera censuré par le Conseil constitutionnel. En effet dans une décision du 23 juillet 1996, le Conseil constitutionnel déclare contraires à la Constitution les articles 43-2, 43-3 introduits par l'article 15 de la loi déférée dans la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la

liberté de communication.

Première fausse couche…

Le 28 juin 2000, l'Assemblée nationale adopte la loi sur la réforme de l'audiovisuel qui prévoit pour les hébergeurs de sites, une exonération de responsabilité sur le contenu des sites hébergés excepté lorsqu'ils sont saisis par les tribunaux et qu'ils n'auraient pas agi rapidement pour empêcher l'accès au contenu litigieux ou lorsque saisi par un tiers estimant que ledit contenu est illicite ou lui est préjudiciable et qu'ils n'auraient pas procédé aux diligences nécessaires.
La notion de diligence apparue dans les affaires précitées opposant Linda Lacoste et l'UEJF à Multimania, implique également l'obligation de surveiller les contenus.
De plus, le nom du directeur de publication ou encore d'un responsable de la rédaction doit être indiqué sur les sites hébergés, obligation qui cependant ne concerne pas les non-professionnels à condition que leur identité soit accessible auprès de l'hébergeur.

Un problème de paternité

S'agissant du fournisseur d'hébergement, deux projets se sont confrontés lors de l'adoption de la loi. Le projet du député socialiste Bloche visait à limiter la responsabilité des prestataires d'hébergement. Leur responsabilité ne pouvait être encourue seulement s'ils sont l'auteur du contenu illicite, ou s'ils ne déférent pas à une décision de justice leur enjoignant de cesser la diffusion des contenus illicites. A contrario, le projet du sénateur Hugot prônait la consécration législative de la jurisprudence sur la responsabilité des fournisseurs d'hébergement sur les articles 1382 et 1383 du code civil, préconisant même des sanctions pécuniaires et d'emprisonnement à l'encontre de l'auteur du site.
Saisi pour statuer sur la constitutionnalité de cette loi, le Conseil constitutionnel en date du 27 juillet 2000[1] censure la disposition relative à la responsabilité pénale des hébergeurs. En effet l'amendement plus communément appelé « amendement Bloche » envisageait de mettre en œuvre la responsabilité pénale et civile des hébergeurs lorsque, d'une part, saisis par une autorité judiciaire, ils n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès au contenu litigieux et, d'autre part, lorsque saisis par un tiers, ils n'ont pas procédé aux diligences appropriées.
En d'autres termes, n'importe qui pouvait exiger la fermeture d'un site sans passer nécessairement par une autorité judiciaire. Par conséquent le Conseil constitutionnel supprime la possibilité d'engager la responsabilité pénale et la responsabilité civile par ricochet de l'hébergeur

[1] Conseil constitutionnel décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000

sur saisine d'un tiers.

Quelques contractions et perte des eaux…

Le 1er aout 2000, une loi a été promulguée[1] résultant de l'amendement Bloche et de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2000. Ainsi est supprimée la disposition qui contraignait un fournisseur d'hébergement à fermer un site considéré illicite, sur requête d'un tiers. Cette loi dite « loi Trautman » modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, a pour objectif de préciser les obligations des hébergeurs et des fournisseurs d'accès internet et consacre un nouveau chapitre IV « dispositions relatives aux services de communication en ligne autre que de correspondance privée » (article 1er).

Ainsi l'article 43-7 crée une double obligation à la charge des personnes physiques dont l'activité est d'offrir un accès à ces services, autrement dit les fournisseurs d'accès. Non seulement ils doivent « informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner », mais également « leur proposer au moins un de ces moyens ». Cet article vise directement les « logiciels de filtrage » déjà appréhendé par l'amendement Fillon.

La responsabilité civile et pénale des personnes physiques ou morales qui « assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images de sens ou de messages de toute nature accessible par ces services », autrement dit les hébergeurs, est consacré à l'article 43-8 amputé d'une partie de ses dispositions.

En effet, eu égard du principe de la légalité des délits et des peines et des dispositions de l'article 34 de la Constitution, aux termes desquelles « la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables », le Conseil considère que le législateur « en omettant de préciser les conditions de forme de la possibilité de saisine par les tiers et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés » a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

Ainsi la loi instaure une responsabilité personnelle de l'hébergeur s'il n'a pas réagi aux agissements d'autrui, en d'autre terme il bénéficie d'un principe d'irresponsabilité, ne pouvant être responsable que s'il n'a pas donné suite à une injonction judiciaire, dans un délai raisonnable.

En outre, les prestataires concernés doivent « détenir et conserver les données de nature à

[1] Le 1er août 2000 le législateur adopte une loi n° 2000-719, , modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (J.-E. Schoettl : Petites affiches 31 juill. 2000, n° 151 ; Journal Officiel 2 Aout 2000 et 11922 ; JCP G 2000, Act. n° 35, p. 1534).

permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont ils sont prestataires » (article 43-9). L'article 43-10 dispose que le prestataire tient à la disposition du public certains éléments d'identification. Il s'agit donc d'un régime excluant l'anonymat.

Ainsi apparaît une distinction inédite en droit français entre les qualités d'hébergeurs et de fournisseurs d'accès. Dès lors qu'un contenu d'un site est déclaré judiciairement illicite, l'hébergeur engage automatiquement sa responsabilité civile voire pénale, tandis que le fournisseur d'accès se voit imputer une faute sur la base de la responsabilité civile de droit commun. Ce dernier reste tenu par un devoir plus préventif d'information des internautes et a pour obligation d'offrir aux internautes, corrélativement, la possibilité d'interdire l'accès aux sites ne leur convenant pas.

Par trois ordonnances, le Tribunal de grande instance de Paris confirme qu'en fournissant les éléments d'identification de l'auteur d'un contenu litigieux, le fournisseur d'hébergement satisfait à ses obligations légales.

Les hébergeurs semblent coopérer avec la justice sans trop de réticences. Le 15 janvier 20002, le juge a confirmé et maintenu la suspension qu'avait faite l'hébergeur d'un site dont l'éditeur avait tenu des propos insultants, injurieux et menaçants à l'égard d'un artiste compositeur de musique et diffusé sa photographie et ses coordonnées. En l'espèce, il s'agissait de Multimania, qui a remis au juge de sa propre initiative, les logs de connexion permettant l'identification de l'auteur du site litigieux. Surprenant !

Même chose pour la société T-Online France[1] qui, après avoir constaté la présence d'un site reproduisant à l'identique un autre site assurant la promotion d'un château, a cessé volontairement l'hébergement du site litigieux, mettant à disposition de la justice les coordonnées de l'abonné en cause.

Dans le même sens, l'ordonnance du 18 février 2002 estime que la société exploitant un forum de discussions sur lequel des messages insultants et dénigrants à l'égard d'une autre société et de ses dirigeants, avait fait le nécessaire en retirant lesdits messages et en mettant en place des dispositifs utiles afin d'éviter toute réitération et ce, durant six mois minimum et donc ne nécessite pas la fermeture dudit forum.

Toutefois, dans une ordonnance de référé du 1er février 2002, le Tribunal de grande instance de Paris a exigé de la société T-Online France, la communication des données permettant

[1] TGI de Paris, ordonnance de référé01 février 2002 SA SPPI c/T-online France

l'identification d'un individu effectuant des paiements frauduleux sur un site, bien qu'en tant qu'hébergeur la société ne soit pas responsable des impayés en cause. Eu égard de l'article 145 NCPC ladite société devait fournir, à titre de preuve, les données en sa possession pour que le contrevenant puisse être assigné.
Après plusieurs tentatives avortées, la loi du 1er août 2000 a voulu anticiper la Directive sur le commerce électronique mais le résultat n'est pas satisfaisant.

« L'être que je serai après la mort n'a pas plus de raisons de se souvenir de l'homme que je suis depuis ma naissance que ce dernier ne se souvient de ce que j'ai été avant elle ».

Marcel Proust

Paragraphe 2 : PRISE DE POSITION

Sur les marchés financiers, la spéculation se caractérise par une prise de position risquée qui fait le pari de l'évolution future d'une valeur.

A. IMPRÉGNATION

Une imprégnation, appelée également une empreinte est la mise en place, définitive, d'un lien entre un déclencheur extérieur et un comportement instinctif.
Pour que l'imprégnation se produise, il faut « voir » l'objet de l'imprégnation. Elle se déroule au premier regard, sans que la « victime » ne puisse lutter contre.

Constatation faite, la situation des fournisseurs d'accès internet reste ambiguë car, d'un côté ils disposent de moyens techniques leur permettant d'accéder aux informations qu'ils véhiculent sur Internet, mais de l'autre, un contrôle systématique des données ne peut être réalisable.
Quant aux fournisseurs d'hébergement, eu égard de la Directive communautaire sur le commerce électronique du 8 juin 2000 et de la loi du 1er aout 2000, la mise en œuvre de leur responsabilité reste incertaine.
En effet la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique a pour objet de définir un cadre juridique commun et de faciliter l'essor de la société de l'information. Les autorités communautaires envisagent ainsi la responsabilité des intermédiaires techniques dans un souci d'encourager le développement de leurs activités. Ayant comme volonté première de développer le commerce électronique, il est devenu nécessaire de poser quelques règles protectrices du

consommateur pour lui donner confiance d'une part, et, d'aménager un régime favorable de responsabilité des intermédiaires techniques d'autre part, sans lesquels aucun commerce en ligne n'est envisageable.

Inspirée de la loi allemande relative aux Téléservices[1] et surtout de la législation américaine le Digital Millenium Copyright Act (DMCA) [2], la Directive 2000/31/CE pose comme principe que le prestataire est irresponsable, sauf dans certaines conditions et ce contrairement au législateur américain, qui, quant à lui, prévoit des exemptions conditionnelles de responsabilité des intermédiaires provenant de violations de droit d'auteur.

Le régime d'exonération de responsabilité (aussi bien civile que pénale) établit par la Directive 2000/31/CE est ajusté non pas en fonction du type d'opérateurs mais en considération du type d'activité exercé.

Ainsi, afin d'éviter toutes divergences jurisprudentielles ou législatives entre Etats membres, la Directive exonère de toute responsabilité les intermédiaires qui jouent un rôle passif en assurant « le simple transport » d'informations provenant de tiers, tels que le fournisseur d'infrastructure et le fournisseur d'accès. Elle limite également la responsabilité des prestataires de services pour les activités de stockage d'information.

L'article 15-1 de la directive pose le principe de l'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès : « les états membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture de service, visée aux articles 12,13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Ainsi, aucune obligation de contrôle à priori ne repose sur les fournisseurs d'accès à internet. En d'autres termes, les fournisseurs d'accès à internet n'ont pas à contrôler des informations qu'ils transmettent ou stockent. Les états membres par conséquent ont donc « interdiction de prévoir une obligation générale de surveillance ».

Toutefois « les états membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient » (article 15-2 de la directive).

Autrement dit, ils ne pourront être tenus pour responsables des informations transmises, s'ils ne sont pas à l'origine de la transmission et ce, à condition qu'ils ne sélectionnent pas le destinataire

[1] Federal Act Establishing Informations - und Kommunikationsdienste - Gesetz - IuKDG*),* entrée en vigueur le 1er août 1997

[2] Promulguée le 21 octobre 1998 par le Congrès américain

de la transmission ou les informations faisant l'objet de celles-ci.

Le fournisseur d'accès assure la connexion à internet par contrat d'abonnement et ne détient aucun moyen pour assurer un contrôle à priori sur les messages, par conséquent il est exonéré de toute responsabilité, dans le respect du principe de neutralité (article 12 de la directive).

Ensuite, l'article 13 §1 limite la responsabilité des prestataires de stockage de l'information. En effet, l'activité de stockage dite « caching », laquelle consiste en un stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information dans le seul but d'en faciliter la transmission, échappe également au principe de responsabilité à condition notamment que le prestataire ne modifie pas l'information et qu'il agisse promptement pour retirer l'information stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou que son accès a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

Quand aux hébergeurs, malgré le principe d'une absence d'obligation générale de surveillance et de devoir de recherche active des faits illicites, ils sont tenus par une obligation d'identification et d'information, posée par l'article 5 de la directive. En effet, ils doivent donner un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service du prestataire et pour les autorités publiques: au moins le nom du prestataire de services, l'adresse géographique à laquelle le prestataire des services est établi, les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique.

S'agissant de la mise en œuvre de leur responsabilité, les hébergeurs sont exonérés pour les informations stockées sur leurs serveurs à condition :

- qu'ils n'aient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages-intérêts, qu'ils n'aient pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ;
- dès le moment où ils ont de telles connaissances, qu'ils agissent promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

En outre, l'article 12-3 et 13-2 de la directive, prévoit l'obligation, pour l'hébergeur, de prévenir ou de faire cesser toute violation des droits d'un tiers en retirant les informations litigieuses ou en rendant l'accès impossible, dès lors qu'il reçoit l'ordre par une autorité publique.

Bien que le 22 juin 2000, la Cour d'appel de Lyon ait jugé que « France Télécom, qui assure le fonctionnement du réseau par lequel sont diffusées les informations auprès des clients, n'est pas

tenue d'exercer un contrôle sur le contenu des messages transmis » et s'inscrit donc dans la lignée de la directive, il semblerait que la réglementation communautaire soit en totale contradiction avec la jurisprudence antérieure et notamment celle rendue par les tribunaux dans l'affaire Linda Lacoste. De même que, Valentin Lacambre, sous un tel régime, aurait sans doute échappé à sa condamnation dans l'affaire Estelle Hallyday, ayant déjà pris des mesures nécessaires afin d'interrompre la diffusion des photos, et ce, avant même que le premier juge des référés n'ait eu à statuer en urgence.

Afin que la victime puisse obtenir réparation, l'Internet n'échappe pas à la tendance à la multiplication des responsables. Or, en instaurant un régime d'irresponsabilité ou de quasi irresponsabilité des professionnels du transport et du stockage de données sur les réseaux télématiques, la Directive est à l'origine d'une avancée indéniable.

De plus, la Directive prône pour l'élaboration de codes de conduite au niveau de l'Union Européenne et exige des Etats membres une collaboration administrative, dans le but de faciliter la mise en place de systèmes de règlement amiable concernant les litiges en ligne. Ainsi la Directive exige des recours juridictionnels faciles et rapides et veille à ce que les sanctions soient effectives, proportionnées et dissuasives.

Cependant quelques questions restent sans réponse. En effet la directive ne précise pas à partir de quand et selon quelles modalités le fournisseur d'hébergement est censé avoir une connaissance suffisante de l'existence d'activités illicites sur son service pour agir promptement. De même, la Directive omet de préciser la nature de la responsabilité de certains acteurs, tout aussi importants dans le réseau, comme c'est le cas notamment pour les fournisseurs de moteurs de recherche et d'annuaires ou encore des fournisseurs d'hyperliens, bien qu'elle reconnaisse la nécessité de réglementer la responsabilité de ces derniers.

Quoiqu'il en soit, partant du principe que les fournisseurs d'accès et hébergeurs n'ont pas à organiser la police d'Internet, la Directive semble instaurer une responsabilité pour faute à double détente alors que d'autres parlent de la mise en place d'un régime de déresponsabilisation.

En effet, la victime doit tout d'abord placer le prestataire de services en situation de faute pour ensuite obtenir réparation si la présence du site ou du service en cause subsistait. Ainsi, la Directive institue une responsabilité pour faute mais plus particulièrement une responsabilité pour faute caractérisée du prestataire, qui confine à la faute lourde.

De plus, les titulaires d'un site hébergé peuvent engager la responsabilité de l'hébergeur lorsque ce dernier héberge un site, voué au dénigrement du premier. Ainsi, la responsabilité contractuelle du prestataire n'est pas exclue, bien que la directive invite à ne retenir qu'une obligation contractuelle de moyens qui consiste à prendre les mesures appropriées lorsque l'un de ses clients

hébergé est victime des agissements d'un autre.
Selon Luc GRYNBAUM, docteur en droit, « l'existence d'une faute caractérisée du prestataire et son affranchissement des règles contractuelles protectrices marquent un retour vers l'individualisme juridique du XIXe siècle, fondé sur la faute en matière de responsabilité délictuelle et l'autonomie de la volonté dans le domaine contractuel. Toutefois, les déboires actuels de la prétendue « nouvelle économie » devraient mettre en garde le législateur contre la tentation d'instaurer un « nouveau droit » ».

Imprégnation faite, la Directive, publiée depuis le 17 juillet 2000, exige en son article 22 que « les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 17 janvier 2002 ».

« Le parfum dont l'argile a été une fois imprégnée, elle le conservera longtemps ».

Horace

B. VERDICT

« Le verdict du passé est toujours le verdict d'un oracle. Vous ne le comprendrez que si vous êtes les architectes de l'avenir, les connaisseurs du présent »

Friedrich Nietzsche, Extrait des Considérations inactuelles.

Que celui qui n'est pas au courant rugisse de honte… Nous sommes le 17 janvier 2002, date limite à laquelle la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, devait être transposée et aucune loi à l'horizon…
Soucieux de son application directe, la France a pris un retard considérable dans la transposition de la Directive qui semble être un travail de longue haleine, à croire qu'une fois n'est pas coutume !
Annoncée par le premier ministre Lionel Jospin lors du discours à Hourtin au mois d'aout 1999, la loi sur la société de l'information (LSI) devrait permettre à la France d'entrer sereinement dans la société de l'information en posant un cadre juridique précis.
Le projet de loi présenté le 13 juin 2001 en Conseil des Ministres par Christian Pierret, Secrétaire d'Etat à l'industrie, reflète le choix du Gouvernement, suivant les conclusions formulées en 1998 dans le rapport du Conseil d'Etat sur « l'Internet et les réseaux numériques », de ne pas créer un

droit spécifique, mais d'assurer l'adaptation des règles en vigueur à la société d'information.
Verdict : « Texte de toilettage » pour les uns, « compromis, fruit des énormes tensions existantes au sein même du Gouvernement » pour les autres.
En effet alors que la LSI n'est encore qu'à l'état de projet, son adoption suscite inévitablement de vives critiques dénonçant un décalage considérable entre les attentes espérées et les réponses apportées. La LSI est censée répondre à une nécessité grandissante de l'adaptation de la législation française aux questions soulevées par les nouvelles technologies tels que l'accès au réseau, le piratage, le commerce électronique, la publication en ligne ou encore la cryptographie.
Comportant une soixantaine de titres répartis en six chapitres, même si la loi apporte quelques précisions notamment concernant la cryptologie, la signature électronique…s'agissant de la responsabilité des hébergeurs, la conservation des données par les fournisseurs d'accès ou encore des conditions de droit de réponse sur l'Internet, et j'en passe, le texte semble s'attirer les foudres des parties concernées.
Il ne s'agit pas de légiférer sur une société mais sur un outil de communication, et encore moins de réglementer la diffusion et l'usage de technologies mais bien d'une nouvelle dimension du progrès technique qui induit une nouvelle société, une nouvelle représentation du monde.
L'élaboration de la LSI a pris beaucoup plus de temps que ce qu'on avait envisagé. Bien que deux ans c'est peu en soi, pour Internet c'est beaucoup ! Depuis d'autres problèmes sont intervenus qui ne sont pas abordés dans le projet de loi. De surcroît, l'instauration d'un régime de responsabilité plus rationnel auquel on aspirait n'a pu voir le jour, à notre grand désespoir. Le projet avait pour ambition de supprimer toute référence à la notion de responsabilité pénale afin de soumettre de nouveau les hébergeurs au régime de droit commun et par conséquent, de limiter le régime dérogatoire au seul cas de leur responsabilité civile.
Ainsi, la responsabilité civile de ces derniers ne pourra être engagée que « si ayants été [saisis] par une autorité judiciaire, [ils] n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu » ou « si, ayant effectivement connaissance du caractère manifestement illicite de ce contenu [ils] n'ont pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible ».Or qu'entend-on par le caractère « manifestement illicite » d'une information ? S'agit-il par exemple des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle ?
Alors que l'avant projet de loi prévoyait la mise en œuvre de la responsabilité civile de ces prestataires lorsque saisis d'une réclamation par un tiers, le projet de loi supprime cette possibilité. De ce fait les tiers, pour la protection de leurs droits devront obligatoirement avoir recours à la justice.
Par ailleurs, il opère une « distinction entre l'éditeur du service, qui doit être responsable de

l'information mise à la disposition du public, et le prestataire technique qui n'est pas en mesure de contrôler systématiquement l'information qu'il n'aura pas élaborée. Les simples intermédiaires techniques ne devront pas voir leur responsabilité engagée en cascade ».
Le gouvernement étant favorable à l'instauration d'un régime de responsabilité suivant le rôle des différents types d'intermédiaires techniques sur Internet, fait également une distinction « entre les opérateurs de transport qui, dans la continuité du droit des télécommunications, n'ont pas à connaître les contenus qu'ils transportent, et les opérateurs d'hébergement. »

A croire que le trinôme « pouvoir-savoir-inertie » instauré par la jurisprudence et sa traduction par les obligations de vigilance, prudence et information, assure davantage de sécurité juridique contrairement aux interventions législatives et leurs réformes successives.

La « plénitude » de la LSI semble se réduire à une collection de mesures sans véritable idée directrice, quand à la réflexion gouvernementale, le temps est venu du choix et d'une réflexion plus approfondie afin de donner une cohérence sur le type de société de l'information que l'on souhaite encourager.
Bien que ce projet introduise les différents principes issus de la directive européenne sur le commerce électronique, les fournisseurs d'accès ont l'obligation d'informer l'autorité judiciaire lorsqu'ils ont connaissance d'un fait illicite.
De plus, le projet envisage la possibilité, pour le président d'un tribunal de grande instance, d'ordonner l'interdiction d'accès à un site, ce qui induira inévitablement la création de listes noires qui feront indirectement de la pub des sites concernés, le temps d'attendre l'exécution du jugement.
Considérée non pas comme « la grande loi Internet » mais plutôt comme un patchwork de mesures sans grand rapport entre elles, l'association Imaginons un réseau Internet solidaire (IRIS) estime que « son intelligibilité cache d'importantes régressions sur le plan de la démocratie et des libertés… C'est un encouragement pur et simple à l'exercice d'une censure privée ». Il est donc loin d'être certain que les choses soient claires du côté du gouvernement et que la LSI contribue à sa clarification.
Pure intention ou simple coïncidence, compte tenu d'un calendrier électoral chargé aux vues des élections présidentielles et législatives! Le projet de la loi sur la société d'information devient caduc avec la fin de la législature bien qu'approuvé en Conseil de Ministres et déposé à l'Assemblée Nationale. A notre grand regret…
« Le commerce électronique ne pourra pas se développer massivement si les consommateurs

n'ont pas une entière confiance dans les procédures électroniques associées[1] ».

Le 15 janvier 2003, le conseil des Ministres a adopté un projet de loi « sur la confiance dans l'économie numérique » qui fait suite au défunt projet de loi LSI et à l'avant projet de loi sur l'économie numérique dans lequel la question de la responsabilité des prestataires techniques de l'Internet, constitue un point majeur.

Ainsi, afin d'entériner une situation de fait et de répondre aux exigences communautaires, ce nouveau projet de « Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique » (LCEN) a été adopté le 6 mai 2004 par l'Assemblée Nationale. Son objectif : transposer la Directive européenne relative au commerce électronique, qui rappelons le, devait être transposée au plus tard le 17 janvier 2002. Ayant comme volonté première de se concentrer davantage sur les aspects purement économiques du nouvel ordre informatique à savoir le commerce électronique, la loi acquière une nouvelle dénomination. Fini la loi pour la société de l'information, place désormais à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, destinée davantage au marché qu'à la culture.

L'objet même de la loi : la confiance !

Tout comme le projet de la LSI, le présent projet dispose que la communication publique en ligne est un sous ensemble de la communication audiovisuelle indiquant que « on entend par communication publique en ligne toute communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle formulée par un procédée de télécommunication ». Par conséquent, la régulation des communications publiques en ligne était placée sous l'égide du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA).Ainsi s'appliquait donc le corpus juridique relatif à la communication audiovisuelle dont l'illustre article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, faisant de l'éditeur le premier responsable des contenus qu'il publie.

Difficilement applicable aux services spécifiques de l'Internet, les députés ont finalement opté pour définir la communication publique en ligne indépendamment de la communication audiovisuelle. Désormais, il s'agit de « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, qui s'appuie sur un procédé de télécommunication permettant un échange réciproque d'information entre l'émetteur et le récepteur ».

Soucieux de la constitutionnalité d'un projet dont certains articles clés sont considérés comme « liberticides », l'opposition saisit le Conseil constitutionnel qui rejette, dans sa décision du 10 juin 2004, la majorité des requêtes en ajoutant une réserve d'interprétation ,s'agissant de

[1] M. Francis Mer, Ministre des Finances, Déclaration lors de la conférence internationale de la Mission pour l'économie numérique (MEN) des 24 et 25 octobre 2002

l'article 6 : « que la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ».

Ainsi la loi apporte quelques modifications à la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la communication audiovisuelle et refonte l'architecture du droit des médias en clarifiant le droit applicable aux services de l'Internet. Une nouvelle catégorie de communication est ajoutée : la « communication au public par voie électronique » qui se subdivise en « communication audiovisuelle » et en « communication au public en ligne ». Dorénavant, chacune de ces deux catégories est soumise à un régime propre. La loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, pour la communication audiovisuelle et la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique pour la communication au public en ligne.
Officiellement, la loi du 21 juin 2004 n°2004-5754 est censée « assurer la transposition en droit français des directives européennes, donner une nouvelle impulsion au commerce électronique et sécuriser les transactions en ligne ».

> *« Il n'y a un « moment historique » que là où, le présent s'organise en fonction de l'avenir, à condition que l'avenir pénètre dans le présent non pas d'une manière immédiate (cas de l'utopie), mais étant médiatisé par le passé, c'est à dire par une action déjà accomplie ».*
>
> *Kojève*

Section II LE GRAND JOUR

Le grand jour se lève effaçant l'aube…

Paragraphe 1 LE TRAITÉ

Un traité est un manuel d'instructions ou un livre standard dans n'importe quelle branche qui forme un sujet d'études mais peut également désigner une convention écrite entre deux ou plusieurs états.

A. DÉCLARATION

En programmation informatique, la déclaration consiste à définir un identificateur, un type de données et d'autres informations telles que les variables, les fonctions. Déclarer permet d'indiquer au compilateur l'existence de ces différents éléments : c'est une chose particulièrement importante.

La loi LCEN, adoptée en lieu et place du projet LSI, et dont certains aspects étaient déjà intégrés dans notre ordre juridique, transpose la directive communautaire n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Enfin ! Alléluia…

Afin de favoriser le développement de l'Internet et d'inciter à l'investissement dans ce secteur, porteur de croissance économique, la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, comme le Digital Millenium Copyright Act américain du 28 octobre 1998, et les lois françaises du 1er aout 2000 et du 21 juin 2004 ont instauré un système de limitation de la responsabilité de certains prestataires techniques.

« Les intermédiaires techniques se caractérisent par l'accomplissement d'une tâche technique entre l'envoi de données et la réception finale des informations, que ce soit sur des sites publics ou des boîtes aux lettres électroniques privées (courriels) ».

Ainsi le point commun de ces intermédiaires se rapporte à un rôle purement technique afin de permettre l'accès à l'information. Par conséquent ils n'exercent en principe aucun droit de regard sur l'information qui circule grâce à leur intervention.

Compte tenu de son importance, les députés et sénateurs ont décidé de créer un corps de dispositions autonomes régissant la responsabilité des prestataires. Ainsi l'article 5 de la LCEN supprime le chapitre IV de la loi du 30 septembre 1986, créé par la loi n° 2000-719 du 1er août

2000. L'article 43-8 disparaît complètement et dès à présent, il faut se référer aux dispositions de l'article 6 de la LCEN.

Le régime d'irresponsabilité sous conditions, prévu par la directive du 8juin 2000 et repris par la loi LCEN, concerne trois catégories d'intermédiaires techniques, à savoir les opérateurs qui réalisent le transport des données, les opérateurs assurant une opération de « caching », et les hébergeurs.

S'agissant des opérateurs de communications électroniques, compte tenu de leur fonction purement technique, et ne disposant d'aucun moyen pour apprécier le contenu des messages transférés, leur responsabilité ne peut être retenue. Ainsi dans son article 12-1, la Directive communautaire organise la responsabilité du « simple transport » autrement dit la fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service. Dés lors qu'il n'est pas à l'origine de la transmission et ne sélectionne pas le destinataire de la transmission, ni ne sélectionne et ne modifie les informations transmises, le prestataire de services assurant une activité de « simple transport » ne peut voir sa responsabilité engagée. L'article 9 de la loi LCEN, codifié à l'article L32-3-3 du Code des postes et communications électroniques reprend à l'identique cette disposition définissant l'opérateur comme « toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de télécommunications ».

De même, les opérateurs assurant une activité de « caching », définis comme « toute personne assurant dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure, une activité de stockage automatique, intermédiaire et temporaire des contenus qu'un prestataire transmet » (note article 9 loi LCEN transpose l'article 13-1 de la directive, codifié à l'article L.32-3-4, ne peuvent être tenus pour responsables de la diffusion d'un contenu illicite.

Toutefois, ce régime d'irresponsabilité ne s'applique pas pour les actes qui perdent un caractère purement technique auquel cas l'opérateur engage sa responsabilité, en cas d'intervention sur un contenu considéré comme illicite ou préjudiciable.

De plus, l'article 6, I, 7 de la loi LCEN confirme ce principe général d'irresponsabilité sous conditions : « les opérateurs de télécommunications ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Toutefois s'agissant des fournisseurs d'accès et d'hébergement, la loi met davantage d'obligations à leur charge, dont la violation est susceptible d'engager leur responsabilité, indépendamment de la diffusion d'un contenu illicite.

Considérés comme « les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de

communication au public en ligne »[1] les fournisseurs d'accès n'exercent qu'un rôle technique, en permettant au public d'accéder aux services de l'internet, assurant ainsi la mise en relation du public avec les services de communication en ligne. Cependant, au nom de la lutte contre les infractions réalisées sur Internet, la loi LCEN met à la charge du fournisseur d'accès un certain nombre d'obligations qui d'une part, vont permettre d'identifier l'auteur de l'infraction afin de le poursuivre et d'autre part, de lutter directement contre l'infraction. Dans tous les cas la victime trouvera toujours un responsable à savoir l'auteur même de l'infraction dans la mesure où il a été identifié, ou à défaut, l'intermédiaire technique bien qu'il ne soit pas l'auteur même de l'infraction, mais qui serait dans l'impossibilité de procéder à l'identification de l'auteur en cause.
Or cette obligation de conservation des données d'identification réfute le principe d'effacement des données de communication consacré à l'article L. 34-1 du CPCE en conformité avec la directive n°2002/58/CE du 12 juillet 2002 relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, qui complète la directive n°95/46/CE concernant la protection des personnes physiques, à l'égard du traitement des données à caractères personnel et à la libre circulation de ces données.
Cependant ledit article prévoit quelques exceptions qui dérogent au principe d'effacement notamment le principe selon lequel « pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations, il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations rendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques ». (En conformité avec l'article 15 de la directive du 12 juillet 2002).
Ainsi l'article 6-II de la LCEN fait, de cette exception, une obligation pour les FAI afin d'assurer la transparence des activités menées par leurs clients et de permettre l'identification des éditeurs de services. La loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme prévoit en outre que « les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie » peuvent obtenir certaines données de la part des opérateurs techniques et ce, sans autorisation judiciaire préalable. Cette obligation vise les « personnes qui, au titre d'une activité professionnelle principale ou accessoire, offrent au public une connexion ».[2] Par conséquent les hébergeurs sont exclus. Elle ne concerne que les FAI et les opérateurs de téléphonie.
Amplement critiquée par les FAI, le Conseil d'Etat, quand à lui estime que cette obligation ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée par rapport aux buts de

[1] Article 6, I, 1 de la loi LCEN
[2] Note les modalités d'application de ces dispositions ont été précisées le 24 mars 2006 par un décret pris en Conseil d'Etat, codifié aux articles R. 10-12 et suivants du CPCE

sécurité publique. De plus, cette obligation de conservation se double d'une obligation de communication dont les autorités judiciaires sont les seules bénéficiaires[1].

« Le piratage nuit à la création artistique ». Afin de lutter contre la contrefaçon, l'article 7 de la LCEN impose aux FAI de faire figurer dans leur publicité, cette mention facilement identifiable et lisible, dès lors qu'ils offrent la possibilité de télécharger des fichiers dont ils ne sont pas les fournisseurs. (Article L.336-2 du CPI, introduit par l'article 28 de la loi du 1er aout 20067 relative au droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information)

De plus en plus sollicités afin de lutter directement contre l'infraction, plusieurs obligations incombent aux FAI telle que la mise en place d'un dispositif de signalement du contenu odieux relatif aux crimes de guerre, crimes contre l'humanité, provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale. Dés lors, ils doivent informer promptement les autorités publiques compétentes et rendre publics les moyens consacrés à la lutte contre ces activités illicites.

En outre, afin de limiter la portée de contenus choquants envers le jeune public, les FAI ont l'obligation d'informer et de proposer aux clients des logiciels de contrôle parental.

Quand à l'obligation de retirer un contenu illicite, l'article 9 de la loi LCEN pose le principe d'une absence de responsabilité du fait des contenus circulant sur les réseaux, dès lors qu'ils ont respecté une attitude de neutralité à l'égard de ces contenus. Dés lors leur responsabilité sera difficilement mise en cause d'autant plus qu'aucune obligation générale de surveillance ne leur est imposée : Article 6, I, 7 de la LCEN : « les fournisseurs d'accès ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou circonstances révélant des activités illicites ».

Toutefois, ils ne sont pas dispenser d'obtempérer à une demande judiciaire de « surveillance ciblée et temporaire » notamment pour bloquer l'accès à un site illicite ou encore pour identifier un de leurs abonnés. L'article 6, I, 8 de la LCEN dispose que « l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, aux hébergeurs et à titre subsidiaire aux fournisseurs d'accès, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne »[2].

[1] Sont exclus les tiers, y compris les sociétés de gestion collective, dans le cadre d'une procédure civile, Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt Promusicae du 29 janvier 2008 concernant des sociétés espagnoles

[2] Ccass, civ. 1ère du 19 juin 2008 AFA et al.c/ UEJF (affaire AAARGH)

Ainsi le juge peut exiger la mise en place de filtres empêchant le transfert par Peer to Peer de fichiers musicaux portant atteinte au droit d'auteur, sans que cela crée, pour les FAI, une obligation générale de surveillance. C'est la tendance du moment : commencer à créer un régime juridique du FAI en multipliant le nombre d'obligation qui lui incombe.

L'article 6, I, 2 de la LCEN, définit les fournisseurs d'hébergement comme les « personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ». Bien que cette définition soit quelque peu différente de celle retenue par la Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 dans son article 14-1, le point commun essentiel réside dans le fait que l'activité d'hébergement est une activité de stockage.

De même que les FAI, les hébergeurs sont soumis à l'obligation d'identification et de communication des auteurs de l'infraction et donc doivent détenir et conserver les données permettant d'identifier l'auteur. Ainsi, un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la CNIL doit préciser les données en question ainsi que la durée et les modalités de leur conservation. Or on l'attend toujours… et en attendant, les juges ont précisé que cette lacune réglementaire ne dispensait pas les hébergeurs de leur obligation[1]. En effet, la Cour d'appel de Paris a décidé que le décret « ne constitue pas une condition nécessaire à l'application immédiate de la loi dans la mesure où la notion d'identification renvoie nécessairement et a minima, pour une personne physique à ses nom, prénom et adresse et pour une personne morale à ses raisons sociale, forme, siège social et à la personne de son représentant légal »[2]. De même, si les données présentent un caractère manifestement fantaisiste empêchant ainsi l'identification de l'auteur, les hébergeurs, comme les FAI, sont susceptibles d'être sanctionnés soumis alors à « une obligation de conservation de données d'identification crédibles ».

Concernant la lutte contre l'infraction, les hébergeurs sont soumis aux mêmes obligations que les FAI relatives à la mise en place d'un dispositif de signalement contre certains comportements particulièrement odieux et devront informer promptement les autorités publiques des faits signalés.

Quand au régime d'irresponsabilité sous conditions en cas de contenus illicite, la Directive

[1] TGI Paris,ref, 19 nov. 2008 ? Jean Yves Lafesse et autres c/ Daylimotion
[2] CA de Paris 7 juin 2006 affaire Tiscali

n°2000/31/CE du 8 juin 2000 pose le principe selon lequel la responsabilité de l'hébergeur pour les contenus stockés ne peut être engagée à condition « qu'il n'ait pas eu connaissance de l'activité illicite de l'hébergé, ou qu'il ait agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celle-ci impossible » (article 14). Alors que la loi n° 2000-719 du 1er aout 2000 rendait les hébergeurs pratiquement irresponsables du fait des contenus hébergés, la loi LCEN tente de rétablir la conformité du droit français à la directive communautaire. En France, avant la première intervention législative, une jurisprudence sévère était adoptée à l'encontre des hébergeurs comme on a pu le voir dans la célèbre affaire « Estelle Hallyday ». Or cette austérité présentait deux inconvénients majeurs : d'une part elle avait un effet dissuasif sur les investisseurs représentant un frein au développement économique d'Internet, d'autre part, elle était susceptible de porter atteinte à la liberté d'expression sur les réseaux en incitant les opérateurs à effectuer une censure préventive des sites. Ainsi la LCEN, en son article 6, I, 2 et suivants, pose le nouveau principe de responsabilité limitée, les hébergeurs ne peuvent engager leur responsabilité civile ou pénale du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'ils n'ont pas eu effectivement connaissance de leur caractère illicite ou si dès le moment, ils ont agi promptement pour retirer ces données, ou en rendre l'accès impossible. Toutefois n'étant pas soumis à un devoir de surveillance, comment démontrer la connaissance de l' hébergeur d'un contenu illicite ? Ainsi, une présomption simple de connaissance est posée, l'article 6, I, 5 institue une procédure de notification et pour dissuader les dénonciations intempestives est prévue une lourde sanction pénale à l'égard des auteurs de mauvaise foi.

Par ailleurs, si les contenus ont été créés par des personnes agissant sous l'autorité ou le contrôle de l'hébergeur, il est évident que ce dernier engage sa responsabilité.

« Tenu de réagir « promptement » pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible »: l'hébergeur doit supprimer automatiquement un contenu qui lui est dénoncé dans les formes requises. Or une telle obligation pourrait avoir de graves conséquences sur la liberté d'expression, d'autant plus que, si l'éditeur des données litigieuses parvient à démontrer que le contenu en cause n'avait rien d'illicite, il pourrait se retourner contre l'hébergeur pour interruption infondée et brutale de l'accessibilité du site. Ainsi, dans sa décision n°2004-496 du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel émet une réserve d'interprétation et précise que la responsabilité de l'hébergeur n'est engagée à l'égard du tiers dénonciateur que s'il a refusé de retirer un contenu présentant un caractère « manifestement » illicite. Ainsi, c'est à l'hébergeur lui même d'apprécier l'opportunité d'un blocage du contenu.

Si la loi prévoit un régime de responsabilité indulgent pour les fournisseurs d'hébergement, le juge fait des conditions d'irresponsabilité une interprétation stricte. La rapidité avec laquelle

l'hébergeur doit intervenir n'a pas été précisée, laissant le juge compléter la loi, estimant parfois que la suppression devait être immédiate.

« Les meilleures déclarations sont celles auxquelles on ne comprend rien et que par conséquent, personne, par la suite, ne pourra vous reprocher ».

André Frossard

B. DÉFAILLANCE

« L'idéologie guette la science en chaque point où défaille sa rigueur, mais aussi au point extrême où une recherche actuelle atteint ses limites ».

Louis Althusser, Extrait de Lire le capital

Le 15 novembre 2004, le Tribunal de Grande Instance a rendu la première décision sur la responsabilité d'un hébergeur en application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique n°2004-575 du 21 juin 2004.
En l'espèce, le Comité de défense de la cause arménienne (CDCA) assigne, le 9 juillet 2004, le Consul Général de Turquie à Paris ainsi que la société Wanadoo France Télécom, hébergeur du site Internet du consul, constatant sur des sites Internet hébergés en France dans les pages personnelles de Wanadoo, la mise en ligne d'un pamphlet à vocation clairement négationniste contestant le génocide arménien.

> « (...) Puisqu'il ne résulte pas d'une violation de la loi pénale, le caractère manifestement illicite des documents litigieux ne peut être la conséquence que d'un manquement délibéré à une disposition de droit positif explicite et dénuée d'ambiguïté.
> Les diverses normes internes ou internationales ou décisions des juges constitutionnel et administratif invoquées par l'association demanderesse et qui posent en principe, notamment, le respect de la dignité de la personne humaine ne peuvent donc être retenues à ce titre, dès lors qu'il ne peut en être déduit, avec l'évidence requise par les dispositions de la loi du 21 juin 2004, que la négation du génocide arménien en caractériserait manifestement une violation (...) ».

Ainsi, pour juger de la responsabilité de Wanadoo, le juge s'est référé explicitement à la LCEN et bien que sa décision soit favorable à l'hébergeur, l'interprétation de la notion de contenu « manifestement illicite » reste hasardeuse.

En effet certains estiment que « ce texte impose à des prestataires techniques de se prononcer sur la légalité des contenus auxquels ils donnent accès, et ainsi de se substituer au travail de la Justice ». Bien que le Conseil constitutionnel subordonne la mise en œuvre de la responsabilité de l'hébergeur à la condition que le contenu présente un caractère « manifestement illicite », l'appréciation de la légalité d'un contenu par l'hébergeur semble compromettre davantage la protection de la liberté d'expression au risque de voir une censure en amont du Net par les prestataires techniques afin d'éviter une assignation en justice.

Selon Lionel Thoumyre, chargé de mission pour le Forum des droits sur l'Internet, « l'interprétation de la notion de « manifestement illicite » doit se faire « in concreto », c'est-à-dire en fonction des connaissances juridiques que l'on peut attendre d'un hébergeur. En se référant à ce type d'interprétation, il aurait été ainsi plus facile de prouver que l'hébergeur, qui ne peut être considéré comme un expert en droit international, n'était pas responsable dans cette affaire ».

Quoiqu'il en soit, cette première décision démontre quelques difficultés quant à l'appréciation de la responsabilité des hébergeurs, d'autant plus que bénéficiant d'un régime assez attrayant, d'autres acteurs de l'internet tentent de revendiquer son application à leurs activités. En effet, certains opérateurs dont leur activité ne se limite pas à une simple activité de stockage vont pouvoir prétendre à la qualification d'hébergeurs afin de bénéficier du régime d'irresponsabilité sous conditions de ces derniers.

Le tribunal d'instance de Puteaux a jugé, le 28 septembre 1999 que « l'hébergement consiste à conserver en mémoire des informations et à connecter un site Internet. Le fournisseur d'hébergement est donc un fournisseur de services de stockage et de gestion des contenus permettant à un créateur de pages personnelles de rendre ces pages accessibles au public. Il ne fait que participer à l'acte de diffusion par les moyens techniques qu'il met à disposition du créateur de pages personnelles ».

Quid les forums de discussion contrôlés à posteriori ?

Considérés comme un lieu de rencontre et d'échange plus ou moins ouverts aux internautes, les organisateurs doivent rendre possible l'expression tout en veillant au respect de la loi souvent confrontés à la présence d'injures, de diffamation…sous peine d'engager la responsabilité des auteurs des propos. Or l'utilisation de pseudonymes est fréquemment utilisée, ne permettant pas ainsi de les identifier et donc se pose la question de la responsabilité des organisateurs. Aux abonnés absents de la loi LCEN, il est paru évident, eu égard de la définition communautaire du prestataire d'hébergement et des travaux parlementaires de la loi, que les organisateurs de forums devaient être assimilés aux hébergeurs. En effet, l'article 14-1 de la directive n°2000/31/CE du 8

juin 2000 définit l'activité des fournisseurs d'hébergement comme étant « la fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations, fournies par un destinataire du service ». Autrement dit la directive ne limite pas l'activité d'hébergement à la prestation purement technique mais identifie davantage l'ensemble des « fonctions d'intermédiation ». De plus, P. Martin-Lalande lors du débat parlementaire à l'Assemblée Nationale, déclare que « la définition de la notion d'hébergeur (…) englobe l'ensemble des activités d'intermédiation des personnes qui exercent une prestation similaire à celle de l'hébergement, comme par exemple, les fournisseurs exploitant des forums de discussion ».

Les difficultés d'imputation des responsabilités proviennent de l'interactivité caractéristique des services du Web 2.0. Ainsi les sites collaboratifs tel que You Tube, Daylimotion…ou encore les plateformes de réseaux sociaux tel que Facebook, Myspace… offrent à leurs usagers un espace de stockage de données de toutes sortes de formes : vidéos, musique, images, textes, se rapportant à des événements de la vie publique ou de plus en plus de la vie privée des internautes, pouvant faire grief à des tiers.

Compte tenu de la pluralité de services offerts par ces prestataires techniques et de l'accompagnement qu'ils offrent à leurs utilisateurs, la jurisprudence leur reconnaît la possibilité de revendiquer le statut d'hébergeur au titre de stockage de données. Tel a été le cas pour le site Wikipédia qui a été explicitement assimilé à un hébergeur puisqu'il assurait une activité de stockage[1].

Cela signifie donc que ces prestataires techniques ne sont, à priori, pas responsables des contenus qui sont « postés » par les internautes et il incombe au titulaire des droits, d'exercer une surveillance du Web afin d'éviter toute contrefaçon. Dans le cas où il décèle l'existence d'une contrefaçon, il doit notifier le fait à l'exploitant de la plateforme. Ainsi aux termes de l'article 6, I, 2 de la LCEN le prestataire technique n'engage sa responsabilité que s'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès au contenu impossible considéré comme manifestement illicite. Toutefois, si avant toute notification du tiers, le prestataire technique avait été informé de l'existence de certains contenus et qu'il avait eu « effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère », sa responsabilité pourrait être engagée. Compte tenu du modèle économique de ces sites collaboratifs, qui repose sur les revenus publicitaires davantage élevés plus la fréquentation est grande, le Tribunal de grande instance, le 13 juillet 2007 estime que :

[1] TGI Paris, ord. Réf., 29 octobre 2007, Marianne B. et autres c/ Wikimedia Foundation

« il ne peut être sérieusement prétendu que la vocation de l'architecture et les moyens techniques mis en place par la société Dailymotion ne tendaient qu'à permettre à tout à chacun de partager ses vidéos amateurs avec ses amis ou la communauté des internautes selon l'option choisie, alors qu'ils visaient à démontrer une capacité à offrir à ladite communauté l'accès à tout type de vidéos sans distinction, tout en laissant le soin aux utilisateurs d'abonder le site dans des conditions telles qu'il était évident qu'ils le feraient avec des œuvres protégées par le droit d'auteur ».

L'exploitant du site collaboratif devait être considéré comme ayant eu connaissance « a tout le moins de faits et circonstances laissant à penser que des vidéos illicites sont mises en ligne ». Par conséquent le bénéfice de la limitation de responsabilité ne peut lui être attribué.

Par ailleurs, en dépit de sa qualité d'hébergeur, le tribunal admet que Dailymotion avait engagé sa responsabilité civile au sens du droit commun de la contrefaçon, considérant que ce dernier n'avait pas accompli les diligences nécessaires à empêcher une remise en ligne des documentaires ayant déjà été signalés comme illicites, retirés une première fois[1]. Autrement dit, le site de partage de vidéo doit rendre impossible la remise en ligne du contenu illicite sur son site, après avoir déjà retiré le film litigieux suite à un premier signalement des ayants droit.
Dans la mesure où le site de partage de vidéo n'a pas été conformément averti de l'existence du contenu illicite, il n'a pas d'obligation de retrait ni d'empêcher la remise en ligne. Ainsi le premier retrait a pour conséquence de créer une obligation nouvelle de non réapparition du contenu !

En raison de l'étendue de la définition d'hébergeur, de nombreux intermédiaires techniques, non visés par la loi LCEN, se sont vus attribuer la qualité d'hébergeur afin de bénéficier du régime spécial d'irresponsabilité sous conditions.
Il est évident que de nombreuses activités nouvelles du Web 2.0 présument une activité de stockage, mais l'inconvénient est qu'elles sont plus complexes que le simple stockage.
Ainsi s'agissant des plateformes d'enchères, il a été jugé que eBay ne pouvait se réfugier derrière son rôle d'hébergeur d'offres de vente : « ses prestations d'hébergement et de courtage sont indivisibles car eBay n'offre un service de stockage des annonces dans le seul but d'assurer le

[1] TGI Paris, 10 avril 2009, Zadig Production et autres c/ Dailymotion

courtage. (…) L'essence de la prestation de eBay est l'intermédiation entre vendeurs et acheteurs. E Bay est donc un acteur incontournable de la vente sur les sites et joue un rôle très actif ».
Toutefois d'autres juges estiment au contraire, que ce qui est en cause n'est autre que le fonctionnement du service de stockage d'annonces offert par eBay et donc qu'il bénéficie du régime de responsabilité allégée des hébergeurs[1].

Quoiqu'il en soit et bien que la qualification d'hébergeur soit susceptible d'englober un certain nombre d'activités, il est évident que celle-ci souffre d'une interprétation beaucoup trop large.

« Celui qui crée ne peut se détourner d'aucune existence ; une seule défaillance, n'importe où, l'arrache à l'état de grâce, le rend fautif de part en part ».

Rainer Maria Rilke, Extrait d'une lettre à Clara Rilke

Paragraphe 2 TIC TAC, TIC TAC, TIC TAC…

Le but du jeu est simple : trouver un mot contenant le son indiqué par la carte en jeu, avant de pouvoir passer la bombe...

A. CACHE-CACHE

Le cadre du jeu est généralement un espace en plein air où il est important de délimiter à l'avance le territoire autorisé pour jouer.

Alors que la loi LCEN évoque à l'article 6, III, « les éditeurs de services de communication en ligne », en distinguant « les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne » à titre professionnel, « des personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public », ce n'est pas pour autant qu'elle définit leur activité. De même que l'article 43-10 de la loi du 30 septembre 1986, introduit par la loi du 1er août 2000 qui visait « les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne ».
La loi du 1er août 2000 imposait à l'éditeur d'un service de communication en ligne, autre que de correspondance privée, de mettre à disposition du public un certain nombre d'informations qui varient selon qu'il exerce cette activité à titre professionnel ou non professionnel. Toutefois, alors

[1] TGI, Paris 28 mars 2008 Bayard presse / Sedo foruminternet.org ; Cass.com 21 oct. 2008 Sedo / Hotel Meridien

que le non respect de cette obligation n'était pas sanctionné sous l'égide de la loi du 1er août 2000, la loi LCEN (article 6) prévoit , quant à elle, des sanctions pénales.
Ainsi les éditeurs de site Internet doivent indiquer :

> « a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;
> b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;
> c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée ;
> d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I ».

Quoiqu'il en soit, la loi LCEN reste relativement discrète s'agissant de la responsabilité de l'éditeur, considérant peut être qu'elle relève de l'application des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil et des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Tromperie…
Par principe, l'éditeur de services de communication au public en ligne est responsable du contenu qu'il édite, dans les conditions de droit commun. Or, compte tenu de la diversité des activités des éditeurs de services de communication au public en ligne, une distinction entre les activités de presse et les autres s'avère nécessaire.
L'article 27 de la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, plus communément appelée loi HADOPI, précise que les services de presse en ligne constituent des services de communication au public en ligne. Les éditeurs de presse en ligne qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, exercent une activité éditoriale à titre professionnel, ayant la maitrise éditoriale du contenu. Au sens du droit de la presse, il s'agit bien des caractéristiques des éditeurs de contenu, les services de presse en ligne étant assimilées à des entreprises de presse. Ainsi, la possibilité de cumuler les rôles d'éditeur de services de communication au public en ligne et éditeur de contenu est bien explicite. Cependant en raison de la facilité avec laquelle il est possible de poster tout type de contenu sur Internet, tout éditeur de services de communication au public en ligne n'est pas nécessairement éditeur de contenu.

Quoiqu'il en soit, tous les services proposant du contenu sur Internet, à titre professionnel ou non, sont susceptibles d'être qualifiés d'éditeurs de services de communication au public. C'est le cas notamment pour les services en ligne tels que les « chats », les forums ou encore les services sur des sites collaboratifs ou communautaires.

S'agissant de leur statut, la loi LCEN présente les éditeurs de services de communications au public en ligne dans son chapitre II du titre I relatif aux prestataires techniques, à croire que ces éditeurs sont considérés comme des intermédiaires techniques. Bien qu'ayant les mêmes activités que les hébergeurs pouvant parfois être qualifiés comme tel, entre prestation technique et édition de contenus, le choix s'avère délicat malgré une nette différence entre ces deux activités.

Aux vues de l'indifférence de la loi LCEN, la loi HADOPI met en place un régime d'irresponsabilité sous conditions de ces acteurs, imité sur le régime des hébergeurs afin de pouvoir les associer complètement aux intermédiaires techniques. Toutefois étant donné qu'ils assument certaines obligations relatives aux éditeurs de contenus tel que l'obligation d'avoir un directeur de publication et de l'identifier, il serait incorrect de conclure à l'identité des statuts.

Les services de presse en ligne, créés par la loi HADOPI, exercent une activité éditoriale au sens du droit de la presse. Par conséquent leur responsabilité est prévue par la loi du 29 juillet 1881 qui consacre une responsabilité éditoriale de plein droit. Toutefois, s'agissant des activités autres que des services de presse en ligne la loi HADOPI prévoit un régime d'irresponsabilité de l'éditeur de services de communication au public en ligne.

En effet, l'article 27 complète, l'article 93-3 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et définit le régime de responsabilité des éditeurs de services de communication au public en ligne :

> « Lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message ».

Souvent posté par les internautes eux-mêmes, l'éditeur de services de communication au public en ligne peut ne pas avoir eu connaissance du contenu édité. Ce dernier? ne pouvant être qualifié d'éditeur de contenu, bénéficie donc d'un régime d'irresponsabilité sous conditions très similaire

à celui des hébergeurs. Par conséquent l'activité des éditeurs de services de communication au public en ligne se situe entre l'édition de contenus et l'hébergement.
Ainsi, la qualification d'éditeur de services de communication au public en ligne est susceptible de concerner les sites collaboratifs de partage de contenus, qui permet aux internautes de poster des contenus sur des espaces dédiés et dont ils n'ont, en principe, aucune connaissance du contenu proposé. Or, les sites de partage de vidéo, afin de bénéficier du régime d'irresponsabilité, sont qualifiés d'hébergeurs, bien que cette qualification soit contestable eu égard du rôle purement technique que doivent jouer ces intermédiaires. Désormais, le régime d'irresponsabilité, instauré par l'article 27 de la loi HADOPI, va permettre d'obtenir le même résultat, mais sur un fondement plus adapté. En effet les conditions du régime d'irresponsabilité, à savoir un contenu posté par un internaute dans un espace dédié, correspondent parfaitement à l'activité des sites collaboratifs. Une fois qu'il aura été prouvé que les messages émanent des internautes eux-mêmes, qu'un espace clairement dédié les reçoit et que l'éditeur du service n'en a pas eu une connaissance effective, la qualification d'éditeur de services de communication au public en ligne pourra être reconnue, permettant de libérer le statut d'hébergeur qui effectue à l'origine un rôle purement technique et dont la compréhension de son régime juridique devenait incompréhensible.

Trouvé ! La création d'un troisième régime intermédiaire de responsabilité entre hébergeurs et éditeurs de contenus.
Lors de la partie suivante, le chercheur peut être le premier à avoir été trouvé ou au contraire le dernier.

B. IMPASSE

De manière figurée, l'impasse représente une situation inextricable, dont les protagonistes ne peuvent plus se sortir, à l'instar d'une telle voie au sens propre.

Le 16 avril 2008, un rapport parlementaire a été présenté, relatif à l'application de la loi LCEN qui dresse un tableau « assez » noir relatif au statut d'hébergeur. Pour faire simple, les hébergeurs de sites Web, considérés comme de simples prestataires techniques, à la différence des éditeurs, ne sont pas responsables du contenu qu'ils mettent en ligne. Dés qu'un contenu illicite leur est signalé, ils doivent réagir « promptement ».
Or la frontière entre hébergeur, éditeur et même internaute n'est plus aussi délimitée compte tenu de l'avènement des sites communautaires.

Une nouvelle loi pour s'adapter « à la diversification de l'activité d'hébergeur, en tenant compte par exemple, des spécificités de l'activité d'hébergeur, de sites collaboratifs ou de sites de vente aux enchères ». En effet la jurisprudence a adoptée ces dernières années une conception plutôt extensive, au-delà de ce que prévoyait la loi s'agissant de l'étendue du statut de l'hébergeur.

« Le statut d'hébergeur doit être préservé contre les interprétations jurisprudentielles (…) l'une des pistes est sans doute l'éclatement du statut d'hébergeur en fonction du caractère plus ou moins actif de l'hébergement ».

Premier constat : les hébergeurs ne respectent pas l'obligation de rendre public les moyens mis en œuvre pour lutter contre les contenus dits « odieux ». Ainsi, il serait souhaitable qu'une autorité administrative veille à l'application de cette obligation et de la sanction pénale qui lui est attachée. De plus est proposé que le champ d'application de cette obligation soit étendu aux autres contenus illicites et que soient précisées les obligations de publicité des moyens. Une fois n'est pas coutume, la question de la responsabilité et des obligations et autres intermédiaires technique est remise sur le tapis.

A l'origine, il y avait les polémiques des années 1990 qui considéraient les hébergeurs soumis au droit commun de la responsabilité. Ensuite le droit communautaire est intervenu avec la directive du 8 juin 2000, qui lie encore et toujours le législateur français. Puis ce dernier a voulu intervenir sur cette question en 2000 notamment sur la responsabilité pénale mais succombe à la censure du conseil constitutionnel. C'est pourquoi il faudra attendre 2004 pour que soient fixées les règles de responsabilité.

Or le développement des sites communautaires, qui n'existaient pas encore en 2004 qualifiés également de « social networking », constitue une petite révolution dans le monde de l'Internet. Considérés comme novices et fondateurs du Web 2.0, les sites communautaires ne dérogent pas à la règle, à propos de l'Internet, selon laquelle « les principes de loyauté et de libre concurrence, attachés à l'exercice de toutes activités commerciales, imposent à une entreprise intervenante sur le marché de s'assurer que son activité ne génère pas des actes illicites au préjudice de tout autre opérateur économique » (CA Paris, 28 oct. 2006).Étant donné que des poursuites contre les internautes ayant placé le contenu illicite sont assez illusoires, les actions se rapportent directement à l'entreprise qui administre ces sites et tentent de qualifier son comportement afin de déterminer le régime de responsabilité applicable.

La qualité d'éditeur permet d'appliquer une responsabilité pleine et entière pour contrefaçon de droit commun. Ce qui explique que les titulaires recherchent davantage cette qualification, contestée par les entreprises exploitant des sites communautaires.

Toutefois la jurisprudence semble contrastée sur la notion d'éditeur :

« En imposant une structure de présentation par cadres qu'elle met manifestement à la disposition des hébergés et en diffusant des publicités dont elle tire manifestement profit, une société a le statut d'éditeur et doit en assumer les responsabilités » (TGI Paris, ord. réf., 22 juin 2007, Lafesse c/ My Space).

« La commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas de qualifier une société d'éditeur de contenus dès lors que lesdits contenus sont fournis par les utilisateurs eux-mêmes, situation qui distingue fondamentalement le prestataire technique de l'éditeur, lequel, par essence même, est personnellement à l'origine de la diffusion, raison pour laquelle il engage sa responsabilité » (TGI Paris, 13 juill. 2007, Carion c/ SA Dailymotion).

« Faute pour le fournisseur d'hébergement de justifier avoir accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible la remise en ligne de l'œuvre déjà signalée comme illicite, ce dernier ne peut se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 » (TGI Paris, 19 oct. 2007, Zadig productions c/ Google Inc.)

Même si le fournisseur d'hébergement ne peut être tenu pour responsable parce qu'il héberge un contenu illicite, la jurisprudence sème le trouble et prouve que ce dernier peut être responsable, de façon limitée, à cause du contenu hébergé. La ligne de partage entre les qualifications d'éditeurs et de fournisseurs d'hébergement n'est pas aussi nette.

« Le fait d'enlever un contenu illicite, placé sur un site communautaire, sans empêcher qu'il réapparaisse, n'en rend pas l'accès impossible, ce qui permet de retenir la responsabilité de l'hébergeur »[1]. Il faut donc déduire de cette jurisprudence que le contenu doit, non seulement être enlevé, mais également ne pas réapparaître.

« Peut être engagée la responsabilité du fournisseur d'hébergement s'il existe des « faits et circonstances faisant apparaître » le caractère illicite d'un contenu hébergé »[2]. Dans cette hypothèse, une sorte d'apparence d'illicéité permet de sanctionner l'hébergeur qui n'en a pas tiré les conséquences en enlevant le contenu illicite.

Dans l'affaire « Le monde selon Bush » le Tribunal de Commerce considère que « si l'hébergeur n'est pas tenu à une obligation de surveillance générale, il est tenu à une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière, à partir du moment où il a eu connaissance du

[1] TGI Paris, 19 oct. 2007, préc. – V. aussi, dans la même affaire, l'ordonnance de la mise en l'état rendue le 16 mai 2007 par le Tribunal de grande instance de Paris, inédite

[2] TGI Paris, 13 juill. 2007

caractère illicite du contenu ».

La discordance de la jurisprudence met un terme définitif à la ligne de partage entre hébergeurs / éditeurs. Fracture ou fossé ?
Alors que la fracture donne l'image d'une chose réparable, de révocable, le fossé apparaît quant à lui comme le manque, l'inexistence qu'il faudra combler.
Question nouvelle, appréhendée toutefois par des règles de droit très anciennes, le droit de l'internet se fonde à partir de dispositions élaborées à l'aube du succès de grande ampleur de l'internet.
Quoiqu'il en soit des solutions sont attendues afin que les sites communautaires puissent être en parfaite adéquation avec les règles du droit d'auteur. De là à imaginer une loi LCEN 2 peut être pas…
« C'est banal d'écrire que, en droit de l'Internet, le législateur court constamment après la technique. Et il est également bien banal de mettre constamment au goût du jour la célèbre expression de Portalis selon laquelle le législateur doit légiférer d'une « main tremblante ». Mais il est des banalités qu'il est bon de rappeler, surtout lorsque la main du législateur est tenue par le droit communautaire »[1].
L'année 2009 semble faire l'objet d'une jurisprudence abondante rendant la situation juridique des hébergeurs stable. A l'issue de plusieurs décisions les cours et tribunaux ont eu l'occasion de préciser davantage la notion d'hébergeur.

« L'éditeur est celui qui intervient dans la création de contenu »[2].
« La commercialisation d'espaces publicitaires ne permet pas davantage de qualifier la société Dailymotion d'éditeur de contenu dès lors que rien dans le texte de loi n'interdit à un hébergeur de tirer profit de son site en vendant des espaces publicitaires tant que les partenariats auxquels il consent, ne déterminent pas le contenu des fichiers postés par les internautes »[3].
« De la sorte, Daily Motion offre aux utilisateurs de son service une architecture et les moyens techniques permettant une classification des contenus, une accessibilité à ces contenus, sans que la société n'intervienne à priori sur ces contenus, fournis par les utilisateurs qui engagent seuls leur responsabilité, indépendante de celle de l'hébergeur qui n'est aucunement à travers ce service

[1] Comm°.comm.éléctr. n°6 juin 2008 Faut il réformer la loi LCEN, Christophe Caron
[2] TGI Paris, 09 février 2009, *Kimberley P. c/ Vincent B., Sivit, Univerpodcast, MySpace Inc., ZePeople, Itunes Store*
[3] TGI Paris, 15 avril 2008, *Omar et Fred et autres / Dailymotion*

un éditeur »[1]. II n'appartient pas à la société Dailymotion de vérifier la véracité des données collectées mais de rassembler des données qui permettront l'identification des internautes hébergés dans son site et qui encourent une responsabilité d'éditeur »[2].

Toutefois, par un arrêt du 14 janvier 2010, la Cour de cassation sème le trouble en assimilant les qualités d'hébergeur et d'éditeur.

En quelques mots, Tiscali, fournisseur d'accès à Internet, proposait dans ses contrats, la possibilité, pour un abonné, de disposer d'un espace web dans lequel il lui était permis de stocker des contenus en vue de leur mise en ligne. Parmi ces contenus, un site internet proposait des images de bandes dessinées en violation des droits d'auteur. Ainsi, les éditions Dargaud Lombard et Lucky Comics ont intenté une action en contrefaçon contre Tiscali. En principe, Tiscali fournissait le cadre et l'abonné remplissait ce dernier, compte tenu de sa fonction de stockage de la page internet, il ne pouvait être déclaré responsable en sa qualité d'hébergeur.

Le 16 février 2005, le TGI reconnait la qualification d'hébergeur à Tiscali. Toutefois il estime que ce dernier était responsable d'une faute au titre de l'article 1382 du Code civil compte tenu de sa négligence relative à la vérification des données personnelles fournies par son client considérées comme « fantaisistes ».

La Cour d'appel , quant à elle, dans un arrêt du 7 juin 2006 considère qu'en plus de la qualité d'hébergeur, Tiscali devait recevoir la qualification d'éditeur, la seconde prévalant sur la première. Parce que Tiscali organisait le cadre des futures pages web et tirait revenu des publicités qui y étaient obligatoirement insérées, Tiscali était aussi à considérer comme un éditeur de contenu. Étonnant ! Alors qu'aucune disposition législative et communautaire ne fait référence au critère économique pour définir l'hébergeur, la Cour d'appel pratique une analyse économique de la notion d'hébergeur.

Le 14 janvier 2010, la Cour de cassation adopte un raisonnement identique à celui de la Cour d'appel en estimant que le fait de percevoir une rémunération par la publicité présente sur un site internet et de proposer son stockage détermine désormais la nature d'éditeur. En effet « en permettant à l'internaute la possibilité de créer ses pages personnelles à partir de son site et de proposer aux annonceurs de mettre en place, directement sur ces pages, des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion (...) ces seules constatations souveraines ont fait ressortir que les services fournis excédaient les simples fonctions techniques de stockage ».

Alors que le critère économique n'était pas pertinent et que la commercialisation d'espaces

[1] TGI Paris, 29 avril 2009, *Roland Magdane et autres / Daily Motion*
[2] TGI Paris, 19 novembre 2008, *Jean Yves L. dit Lafesse et autres / Dailymotion*

publicitaires ne permettait pas de retenir la qualification d'éditeur, dès lors que rien dans la loi LCEN n'interdit à un hébergeur de tirer profit de son propre site, la Cour de cassation opère un revirement ou un retour en arrière (note le Tribunal de grande instance de Paris dans un jugement en date du 28 mars 2008 avait déjà refusé la qualité d'hébergeur au motif que la société SEDO se chargeait d'insérer des liens publicitaires et qu'en conséquence elle exerçait une activité commerciale) en rajoutant une condition à la loi. Le débat sur la pertinence du critère économique pour l'exclusion du bénéfice de l'exonération de la responsabilité des hébergeurs prévue par la loi LCEN est ouvert.

Ainsi, les hébergeurs ne sont plus à l'abri de voir leur responsabilité engagée quasi-systématiquement . La grande question maintenant est de savoir ce que les juridictions du fond vont faire de cette décision : vont-ils la suivre ou y résister ?

« Cimetière des promesses non tenues. Haut lieu d'inhumation politique situé forcément au fond d'une impasse ».

Jacques Mailhot, Extrait de La Politique d'en rire

CHAPITRE 2

TENTATION

« *Le meilleur moyen de résister à la tentation c'est d'y céder* ».

Oscar Wilde

SECTION I PHÉNOMÈNE

« Il n'y a pas de phénomènes moraux, rien qu'une interprétation morale des phénomènes »
Friedrich Nietzsche, Extrait Par delà le bien et le mal

Paragraphe 1 IMPRÉVU

« Tout imprévu est avènement de vérité inédite ».

Claire de Lamirande Extrait de L'occulteur

A. INTERROGATION

« La clef de toutes les sciences est sans contredit le point d'interrogation, nous devons la plupart des grandes découvertes au comment ? Et la sagesse dans la vie consiste peut être à se demander, à tout propos pourquoi ? »

Honoré de Balzac

Les fournisseurs de services publicitaires et promotionnels constituent des acteurs récents et révolutionnaires, dont l'activité est spécifique à l'Internet.
Susceptibles d'engager leur responsabilité délictuelle qui emprunte les règles du droit commun en tenant compte de ces spécificités, les fournisseurs de services publicitaires et promotionnels interviennent dans des domaines divers et variés encore instables aujourd'hui.
Outre le courtage commercial et les activités autour des noms de domaine, les moteurs de recherche semblent occuper une place inestimable et incontournable sur la Toile.
En effet que serait le « world wild web » sans les outils de recherche ?
« Une sorte d'espace vierge au sein duquel il faudrait se déplacer sans carte ni boussole. Autrement dit : rien. Une sorte d'étonnant objet surréaliste où règnerait le hasard ». M. Vivant, « A la recherche des moteurs », Communication – commerce électronique, avril 2001, p.8
Au sein des outils de recherche, une distinction doit être faite s'agissant d'une part des annuaires et d'autre part, des moteurs de recherche dont leurs modes de fonctionnement diffèrent sur plusieurs points.
Un moteur de recherche est un logiciel ou programme de navigation qui visite les pages web et leurs liens, de manière continue, et indexe leur contenu, en utilisant des mots-clés (appelés des Méta-tags) présents sur le site.

Ainsi lorsqu'un internaute effectue une recherche, les résultats s'affichent sur la page web du moteur de recherche, reproduisant l'adresse du site avec quelques indications sur son contenu.

Généralement classés par ordre de pertinence, la liste proposée à l'internaute lui permet d'accéder directement au site choisi, sans laquelle, il serait nécessaire de connaître l'adresse URL des sites.
S'agissant de leur fonctionnement, il y a d'un côté les moteurs de recherche automatiques appelés « robot » ou « spider », et de l'autre les moteurs manuels appelés « annuaire ».
Les annuaires sont des moteurs non automatisés qui supposent une intervention humaine. Ils constituent des répertoires de sites classés par thèmes, en catégories et sous catégories de plus en plus précises où s'affichent des listes de liens hypertextes renvoyant vers des sites internet. Le référencement s'effectue manuellement, généralement sollicité par le titulaire du site lui-même qui propose une catégorie de rattachement et de mots clés proposés par les titulaires des sites enregistrés.
Quant aux moteurs de recherche tel que Google, comme pour les annuaires, il existe aussi bien des moteurs de recherche généralistes que spécialisés, de plus en plus nombreux. Constitués de robots ou spiders, les moteurs de recherche dits automatiques, sont des logiciels d'exploration scrutant en continu les pages web en les indexant de manière automatique dans une incommensurable base de données accessible aux internautes par mots-clés.
Or, l'utilisation des Méta-tags par le concepteur du site web soulève quelques difficultés d'ordre juridique, notamment lorsque ce dernier inclut dans les Méta-tags de son site un mot clé correspondant à une marque, afin d'optimiser son référencement auprès du moteur de recherche dont il n'est pas le titulaire.
Nécessaires aux internautes, les moteurs de recherche sont devenus indispensables aux titulaires de site et par conséquent aux titulaires de marques car le moyen le plus sûr d'exister est bien évidemment d'être référencé, indexé par ces éclaireurs du net.

Compte tenu de l'automaticité de la méthode, il paraît difficile de retenir la responsabilité des moteurs de recherche, n'étant considérés que comme de « simples » programmes informatiques indexant automatiquement, grâce à des mots clés, le contenu de services de communication au public en ligne.
En effet, ayant à se prononcer pour la première fois sur une éventuelle responsabilité d'un moteur de recherche, le président du Tribunal de Grande Instance de Paris, le 30 juillet 2000 a refusé de

condamner la société Altavista opposée à Monsieur Bertrand Delanoé[1].

Ayant constaté l'existence d'un site Internet à caractère érotique dont l'adresse comportait son nom et prénom, Monsieur Bertrand Delanoé assigne les exploitants et l'hébergeur de ce site ainsi que la société Altavista, en sa qualité de moteur de recherche, pour avoir référencé le site litigieux.

Il reproche à cette dernière un manque de contrôle, étant la gardienne d'un moteur de recherche, la société devait avoir une totale et complète maîtrise, ce qui reviendrait à retenir la responsabilité des moteurs de recherches de la bonne moralité du réseau, dans n'importe quelles circonstances et ce quels que soient leurs actes.

Considérant que « la responsabilité du moteur de recherche relève, à l'évidence, dans le cas d'espèce d'un débat au fond, étant observé, et en tout état de cause, que la société Altavista qui d'initiative a mis en place une procédure d'alerte, a réagi très rapidement pour déréférencé le site litigieux ».

La société Altavista, en sa qualité de professionnel sérieux et diligent, avait mis en œuvre des moyens d'alerte et de contrôle, à posteriori qui l'exonèrent de toute responsabilité, le juge constatant que dès la connaissance du litige, la société avait déréférencé le site incriminé.

Ainsi, il semblerait que les obligations d'un moteur de recherche se limitent à une procédure d'alerte et de déréférencement, basées sur un régime de responsabilité pour faute engagée qu'à la condition de démontrer l'absence d'un comportement diligent.

Tenté par l'assimilation à la responsabilité des prestataires techniques, le juge résiste, ne pouvant faire peser aux moteurs de recherche une responsabilité plus importante que celle qui pèse sur les premiers et en particulier les hébergeurs.

De plus l'existence éventuelle d'une responsabilité en cascade ne pourrait être retenue, car nécessiterait la mise en place d'une obligation objective de contrôle et de surveillance et méconnaîtrait la complexité et la spécificité du rôle joué par les différents acteurs sur le réseau. L'instauration d'une gradation des responsabilités entre ces différents acteurs est matériellement impossible ne pouvant évaluer de façon objective la part individuelle de chacun, dans l'accès à l'information sur Internet.

Opter pour une responsabilité automatique ou présumée irait à l'encontre du principe de la libre circulation des informations sur Internet consacré notamment par l'article 10-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950 « la liberté d'expression comprend la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées ». Faire supporter une responsabilité à

[1] TGI de Paris Bertrand DELANÖE c/ Altavista, société Kohiba, société Objectif Net, ordonnance de référé rendue le 30 juillet 2000 N°RG 00/07155

priori aux moteurs de recherche reviendrait à faire un tri plus ou moins subjectif sur l'information.

Alors que le président du Tribunal de Grande instance avait accordé au demandeur la possibilité de poursuivre son action au fond afin de « connaître la position du juge du fond sur l'importante question », Monsieur Bertrand Delanoé n'a pas souhaité poursuivre, privant ainsi toutes précisions utiles quant à la responsabilité des moteurs de recherche.

Toutefois l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris, le 15 mai 2002 apporte quelques précisions : en l'espèce, la société Matelstom reprochait, d'une part à la société Literiel d'avoir reproduit sur un site internet une page de son propre site, et à la société Altavista, moteur de recherche d'avoir renvoyé les internautes vers le site contrefaisant de la société Literiel, d'autre part.

Alors que le président du Tribunal de commerce de Paris, dans une ordonnance du 28 juin 2001, condamne Altavista, la Cour d'appel estime que « l'obligation ainsi faite par la société Matelsom à la société Altavista de vérifier les effets des liens hypertextes indexés sur son moteur de recherche, qui dépendent de la présence de mots clés ou d'expressions choisis par les auteurs de ces sites, est sérieusement contestable ».

En outre, la Cour rappelle que la société Altavista se contente « de mettre en ligne son propre site, constitué de simples références à d'autres sites ». A ce titre, elle écarte la qualification d'hébergeur. Par conséquent la loi du 30 septembre 1986 (modifiée par la loi du 1er août 2000) ne s'applique pas à cette activité.

Ainsi il semblerait que les moteurs de recherche soient soumis au droit commun de la responsabilité.

En effet le 12 mai 2001, le Tribunal de grande instance de Paris a considéré que « les obligations invoquées à la charge de la société Wanadoo se trouvent sérieusement contestables ».

En l'espèce la chanteuse Lorie avait assigné, outre l'exploitant du site, la société de Wanadoo en sa qualité de propriétaire de moteur de recherche, ayant référencé un site internet qui comportait des photomontages obscènes la représentant. Il était reproché à la société Wanadoo un manque de contrôle sur son moteur de recherche considéré comme responsable du simple fait qu'en tant que gardienne de cet outil, elle devait en avoir la maîtrise.

Ainsi, constatant l'absence de texte de loi régissant le régime de responsabilité des moteurs de recherche, les obligations de ces derniers semblent donc, pour le moment, devoir toujours être limitées à une procédure de « déréférencement ».

« Un point d'exclamation qui s'est avachi donne un point d'interrogation »

Stanislaw Jerzy, Extrait des Nouvelles pensées échevelées

B. INSTRUCTION

« L'instruction ce n'est pas tellement ce que l'on sait comme de se rappeler en temps opportun qu'il y en a d'autres qui savent ».

Jean Louis Gagnon

La Directive européenne du 8 juin 2001 relative au commerce électronique indique dans son article 21 :

« 1. Avant le 17 juillet 2003 et ensuite tous les deux ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social un rapport relatif à l'application de la présente directive accompagné, le cas échéant, de propositions visant à l'adapter à l'évolution juridique, technique et économique dans le domaine des services de la société de l'information, notamment en ce qui concerne la prévention de la criminalité, la protection des mineurs, la protection des consommateurs et le bon fonctionnement du marché intérieur.

2. Ce rapport, en examinant la nécessité d'adapter la présente directive, analyse en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche, les procédures de notification et de retrait (notice and take down) et l'imputation de la responsabilité après le retrait du contenu. Le rapport analyse également la nécessité de prévoir des conditions supplémentaires pour l'exemption de responsabilité, prévue aux articles 12 et 13, compte tenu de l'évolution des techniques, et la possibilité d'appliquer les principes du marché intérieur à l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées ».

La loi du 21 juillet 2004 dite LCEN, à l'instar du fournisseur de liens hypertextes, ne traite pas de la responsabilité des moteurs de recherche.

Liens hypertextes : tout n'est pas permis

Á vos ordres chef !

Organisme créé avec le soutien des pouvoirs publics, Le Forum des droits sur l'internet (FDI) est

compétent sur les questions de droit et de société liées à l'internet. Le FDI qui ne dit pas le droit mais en éclaire l'application, a pour mission d'informer le public et d'organiser la concertation entre les pouvoirs publics, les entreprises et les utilisateurs sur ces questions. Ainsi, il participe à la co-régulation de l'internet où coexistent autorégulation des acteurs privés et régulation des divers acteurs publics.
Après sept mois de travaux de concertation, dans sa recommandation du 21octobre 2003, le Forum des droits sur l'internet qualifie les moteurs de recherche de créateurs automatiques d'hyperliens.

Après avoir défini le lien hypertexte ou hyperlien comme « une connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication (par exemple le réseau Internet); il est composé notamment des éléments suivants, visibles ou non pour l'utilisateur : élément actif ou activable (le pointeur), adresse de destination, conditions de présentation de la ressource liée ». Force est de constater que la création de liens hypertextes, spécifique à l'internet, pose de grandes difficultés lorsqu'elle oriente vers des contenus illicites ou préjudiciables à des tiers. La question de la responsabilité du créateur de tels liens est inévitable.

Par principe, la création d'hyperliens est libre.[1]
Cette liberté découle de la liberté d'expression qui dispose que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme. Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». C'est ainsi que le Tribunal de grande instance, en date du 12 mai 2003 précité, a déclaré « que la liberté d'établir un lien, sauf à répondre des abus résultant de son utilisation, apparaît inhérente au principe de fonctionnement de l'Internet ».

« L'hyperlien est un élément essentiel du fonctionnement du web. Il permet un cheminement, c'est-à-dire le passage d'un site à un autre, donc d'une propriété à une autre. Le lien n'est qu'un « chemin », notion fondant la liberté de se déplacer sur le web. Cela a pour conséquence sa neutralité au regard des législations auxquelles il peut être confronté. Le lien ne relève pas, en soi, de telle ou telle législation ; il ne peut pas être accaparé à son seul profit par une législation » déclare le FDI. Conscient de l'existence potentielle d'une violation des droits des tiers, ce dernier pose un certain nombre de codes de bonne conduite qui nécessite tout d'abord l'obtention de

[1] Hyperliens : statut juridique, publiée le 3 mars 2003. Le sujet de cette recommandation avait été proposé par les internautes interrogés par le FDI dans un forum de discussion ouvert lors de sa création en mai 2001

l'autorisation des personnes, avant d'établir un lien vers un contenu protégé dont elles sont les auteurs. Il en est de même lorsqu'il s'agit de liens permettant le téléchargement direct de fichiers (vidéos, musiques…) protégés par la propriété intellectuelle ou de l'utilisation d'une marque.
De plus, le FDI exige que « tout hyperlien des références doit permettre d'identifier l'appartenance ou la paternité de la ressource liée (nom du site auquel appartient la ressource liée, mention de la page d'entrée de ce site, nom de l'auteur de la ressource liée …) ».

Ainsi dans son arrêt du 19 septembre 2001 opposant NRJ à Europe 2, la Cour d'appel semble préciser le régime de responsabilité applicable aux créateurs d'hyperliens : une absence de responsabilité entachée de quelques exceptions :

> « Le lien hypertexte constitue un simple mécanisme permettant à l'utilisateur en cliquant sur un mot ou un bouton de passer d'un site à un autre […], la création au sein d'un site d'un tel lien permettant l'accès direct à d'autres sites n'est pas, en soi, de nature à engager la responsabilité de l'exploitant du site d'origine à raison du contenu du site auquel il renvoi, lequel, (…) dispose d'une totale autonomie lui permettant d'évoluer librement, au besoin quotidiennement, sans que le site d'origine ait à intervenir ». Absence de responsabilité.
>
> « Il en est toutefois autrement lorsque la création de ce lien procède d'une démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine, lequel doit alors répondre du contenu du site auquel il s'est, en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé ». Exception : l'action en connaissance de cause.

Ainsi, le FDI a considéré que les moteurs de recherche ne devraient pas, en principe voir leur responsabilité engagée du fait de contenus illicites qu'ils indexent. Pour autant, il estime que les moteurs de recherche doivent procéder au « déréférencement », dès lors qu'ils auraient connaissance de contenus illicites. Comme le relevait déjà à l'époque l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, dans un rapport de 1999, « les mots clés suscitent la même ruée vers l'or que les noms de domaines[1] » ! d'où l'importance du référencement, devenu un des enjeux majeurs de l'Internet. En 2005, près de 97% des recherches lancées sur le web français le sont par le biais des six outils de recherche majeurs. A lui seul, Google comptabilise plus de 81% des

[1] OMPI « La gestion des noms et adresses de l'Internet : Questions de propriété intellectuelle » Rapport final concernant le processus de consultation de l'OMPI, sur les noms de domaines de l'Internet, 30 avril 1999, p.122
[2] Panorama mensuel Médiamétrie –eStat/ @pposition, Classement des moteurs de recherche et annuaires, 2005

visites effectuées.[2]
Quoiqu'il en soit même s'il est certain que les moteurs de recherche méritent de voir leur responsabilité limitée dans le cadre du référencement gratuit, il n'en va pas de même concernant leurs ventes de positions payantes considérées comme des ventes d'espaces publicitaires.

« L'instruction, on le sait, est la tarte à la crème d'une élite revue et corrigée par une élite de professeurs sans instruction ».

André Brochu, Extrait d'Adéodat I

Paragraphe 2 ADRÉNALINE

« To be or not to be »

Shakespeare Hamlet III, 1

A. CONFESSION

« La confidence n'est parfois qu'un succédané laïque de la confession »

Jule Romains, Extrait de Les hommes de bonne volonté

Le moteur de recherche peut il engager sa responsabilité, lorsque, après avoir été averti du contenu illicite d'un site référencé, il refuse de supprimer l'indexation dudit site ?

La Ligue Internationale contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA), l'Union des Etudiants Juifs de France (UEJF), rejoints ensuite par le Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et pour la paix (MRAP), demandent à *Yahoo! Inc.* de faire cesser toute mise à disposition sur le territoire français à partir de son site « Yahoo.com » des messages, des images de textes se rapportant aux objets, reliques, insignes et emblèmes nazis ou évoquant le nazisme.
En effet Yahoo Inc. hébergeait sur son site « yahoo.com » une vente aux enchères d'objets militaires de la deuxième guerre mondiale, ainsi qu'un site « Géocities », reproduisant l'ouvrage de Hitler « Mein Kampf » ainsi que le pamphlet antisémite «Le protocole des sages de Sion ».
De son côté, Yahoo France proposait sur son site un lien direct avec le site « yahoo.com »

permettant ainsi aux internautes français d accéder aux pages « incriminées ».
Considérant « cette exhibition d'objets proposés à la vente comme la plus grande entreprise de banalisation du nazisme » et soulignant « le trouble manifestement illicite » qu'elle cause, les trois associations antiracistes demandent de « tarir de toute urgence ce déferlement de haine antisémite sur le territoire de la République ».
Ainsi, dans son ordonnance du 22 mai 2000, le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris a ordonné à la société Yahoo Inc. de « prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible sur yahoo.com toute consultation du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou services qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis »
S'agissant de Yahoo France, le juge lui ordonne « de prévenir tout internaute consultant yahoo.fr (…) que si le résultat de sa recherche, soit à partir d'une arborescence, soit à partir de mots clefs l'amène à pointer sur des sites, des pages ou des forums dont le titre et/ou les contenus constituent une infraction à la loi française, (…) il doit interrompre la consultation du site concerné sauf à encourir les sanctions prévues par la législation française ou à répondre des actions en justice initiées à son encontre ».
Afin que Yahoo Inc. présente les mesures qu'elle compte entreprendre, l'affaire est renvoyée au 24 juillet 2000, date à laquelle cette dernière expose, outre l'incompétence de la juridiction française, que les mesures techniques demandées sont impossibles à mettre en œuvre.

Face à ce refus, le 11 août 2000, le juge ordonne la nomination d'un collège de trois experts ayant pour objet de vérifier la faisabilité technique des mesures ordonnées le 22 mai 2000. En effet il convient de décrire « les procédures de filtrage pouvant être mises en œuvre par la société Yahoo! Inc. pour interdire l'accès aux internautes opérant à partir du territoire français à des rubriques qui pourraient être jugées illicites par les autorités judiciaires françaises. »
Les experts ayant conclus à la possibilité de filtrage, le juge a ordonné les deux sociétés à prendre les mesures nécessaires dans un délai de trois mois sous astreinte. Or, il ne suffit pas de déterminer l'origine géographique de l'internaute, ce qui soulève déjà un certain nombre de problèmes, il faut également identifier les contenus litigieux à filtrer : en réalité on est en présence de deux filtrages à mettre en œuvre de manière simultanée.

Ainsi le débat est ouvert afin de savoir si techniquement, une mesure de blocage d'un site en fonction de la provenance géographique de l'internaute est possible.
L'affaire n'est pas sans rappeler celle qui avait opposé certains fournisseurs d'accès Internet à

l'UEJF en 1996.
En effet cette dernière avait demandé la nomination d'un expert « ayant pour mission de fournir tout élément d'appréciation utile sur les mesures ou remèdes d'ordre technique de nature à empêcher ou restreindre la diffusion ou la réception sur le territoire de la République de certains messages ou informations disponibles sur le réseau Internet ou sous-réseau, et réputés contraires à la loi réprimant les infractions commises pas voie de communication au public, et en l'occurrence à caractère raciste, antisémite ou négationniste ». Déboutée eu égard du caractère trop général de sa demande, il semblerait bien que la mesure prononcée le 22 mai 2000 présente également un caractère général, notamment en ce qui concerne les mesures de nature à empêcher l'accès à « tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ».

Considérant, sur le fondement du droit commun (article 1382 et 1383 du Code civil) que le moteur de recherche commet une faute en n'installant pas de filtres et en ne prévenant pas les internautes, le juge confirma la condamnation de la société Yahoo.

« Si, aux termes de l'article 6, II de la loi du 21 juin 2004, les fournisseurs d'accès et les hébergeurs doivent conserver les données d'identification des éditeurs de sites, cette obligation est exclue pour les moteurs de recherche. En revanche, ces derniers doivent procéder au retrait du référencement d'images illicites quand elles sont associées avec une marque, sous peine de voir leur responsabilité engagée sur le fondement du droit commun ».[1]

Dans cette affaire, il convenait de spécifier les obligations des hébergeurs distincts des moteurs de recherche où le célèbre opticien Afflelou souhaitait mettre fin au référencement par Google Images, de deux sites comportant des images pornographiques lorsque l'internaute saisissait sa marque.
Alors que l'un des sites était stocké par un hébergeur étranger inaccessible, l'autre était stocké chez un hébergeur français connu sous le nom de Free et avait donc l'obligation d'agir « avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».[2]
Ayant agi avec diligence, le fournisseur d'hébergement ne pouvait engager sa responsabilité au même titre que le moteur de recherche démontrant qu'au jour où le magistrat a statué, les images

[1] TGI Paris, ord. réf., 27 févr. 2006, Alain Afflelou c/ Google, Free ; M. Emmanuel Binoche, prés. ; Me Jean Pierre Sulzer, Me Alexandra Neri, Me Yves Coursin, av. : www.legalis.net
[2] Aux termes de l'article 6, I, 2 et 6, I, 3 de la loi du 21 juin 2004

litigieuses n'étaient plus référencées lors de la saisie de la marque du demandeur.
Alors même que le moteur de recherche constitue bien au sens de l'article 14 alinéa 2 de la loi dite LCEN, un prestataire du commerce électronique, son régime de responsabilité n'est autre que celui du droit commun fondé sur l'article 1382 du Code civil. Ayant démontré l'existence d'un système de filtre permettant d'éviter les contenus illicites telles que les images pornographiques, Google Images explique que ce dernier ne peut être fiable intégralement puisque l'absence de mots clés associés à l'image empêche le moteur de l'écarter.
Ainsi, le régime de responsabilité des moteurs de recherche rappelle sans hésiter celui des fournisseurs d'accès, utilisant eux aussi une technologie neutre qui n'est pas supposée intervenir sur les contenus, pas même en les stockant.
Toutefois, pour établir une éventuelle responsabilité du moteur de recherche, le tribunal s'est inspiré de celui applicable aux hébergeurs. En l'espèce il était reproché à Google Images, sa lenteur face aux demandes de retrait de référencement. Dès lors, les exploitants de moteur de recherche devront répondre le plus rapidement soit-il aux demandes légitimes des tiers victimes d'un référencement portant atteinte à leurs droits.
En revanche, l'obligation de conservation de données d'identification ne saurait peser sur les moteurs de recherche n'étant pas directement mentionnés par l'article 6, II alinéa 1er de la loi.
Ainsi, la responsabilité des exploitants de moteurs de recherche n'est pas soumise aux dispositions de la loi du 21 juin 2004. Toutefois ils sont susceptibles d'engager leur responsabilité s'ils ne font pas diligence pour opérer à un retrait de référencement de sites qui porteraient atteinte aux droits des tiers.

« Alors s'assit sur un monde en ruine, une jeunesse soucieuse »

Alfred de Musset, Extrait de La confession d'un enfant du siècle

B. LE MATCH

Un match est une compétition, confrontation de concurrents pratiquant une activité, dans le cadre de règles fixées.
Match signifie allumette en anglais et désigne un super héros appartenant à l'univers de Marvel Comics immunisé contre le feu.

La directive européenne sur le commerce électronique du 8 juin 2000 a offert une certaine sécurité juridique à l'égard de certains prestataires techniques.

Bien qu'étant incontestablement des prestataires intermédiaires essentiels du réseau, les fournisseurs d'outils de recherche n'ont pas été repris par ladite directive alors même que le Digital Millenium Act, dont elle s'inspire largement, prévoit une exonération conditionnelle de responsabilité similaire aux fournisseurs d'hébergement :

Dés lors qu'ils n'ont pas eu connaissance de ce caractère contrefaisant (actual knowledge), qu'ils retirent promptement les informations litigieuses et qu'ils n'aient perçu aucune rémunération provenant directement de l'activité contrefaisante, ils ne seront tenus responsables du caractère contrefaisant des informations répertoriées.

Aucune uniformisation au niveau européen n'a été proposée concernant le régime de responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche. Ainsi, le respect des législations nationales sur un réseau par nature universel s'avère délicat.

En effet la doctrine constate que « l'avènement d'un espace virtuel, en offrant des possibilités d'interconnexions quasi infinies, selon un rythme accéléré par les vitesses du traitement de l'information, est une remise en cause de la règle de droit, qui suppose un cadre spatio-temporel délimité et stable ».[1]

En effet, « impossible à localiser, car il se trouve partout à la fois », l'Internet présente une véritable ubiquité, laquelle constitue « un redoutable obstacle à la répartition des compétences entre les systèmes de droit simultanément applicables, tant elle multiplie les conflits potentiels de juridictions ».[2]

L'autonomie de l'Internet ne doit pas avoir pour effet de rendre les règles juridiques existantes impuissantes parce qu'inadaptées, mais nécessite une utilisation transposable à la problématique des réseaux.

« La confrontation entre l'Etat et l'immatériel a pour elle une certaine évidence intuitive. La problématique est attractive car la contradiction est apparente entre l'immatériel d'une part, qui est si propice a des représentations extrêmes, et la territorialité d'autre part, qui renvoie si immédiatement à l'idée d'ancrage terrien, agrarien, rassurant. Pourtant, cette contradiction n'existe pas en soi » [3].

La question de la détermination du tribunal compétent est fondamentale. D'un point de vue technique Internet est « un réseau d'interconnexions mondiales des réseaux informatiques » (M. Grenié, *Dictionnaire de la micro-informatique,* Larousse, Paris, 1997. Internet est l'acronyme de

[1] M. Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel : Seuil, 2004, p. 336
[2] M. Delmas-Marty, op. cit., p. 337 et p. 342 et s., sur le thème « Ubiquité et compétence »
[3] H. Ruiz Fabri, *Immateriel, territorialite et Etat*, Arch. phil. droit, t. 43 L'immatériel, 1999, p. 189 [187-212]

l'anglais INTERnational NETwork) ayant un caractère virtuel et international. Virtuel dans le sens où les échanges qui se font sur ce réseau sont numérisés et international, composé d'un réseau décentralisé et mondial d'ordinateurs reliés entre eux par un protocole universel.

Ainsi compte tenu de la dimension planétaire des réseaux, la théorie de l'accessibilité semble être LA solution aux problèmes causés par Internet comme en témoigne la fameuse affaire Yahoo ! Toutefois d'autres décisions, plus anciennes, avaient déjà consacrées ce principe. En effet le Tribunal de grande instance de Draguignan, le 21 août 1997 avait décidé que les tribunaux français étaient compétents pour connaître « d'actes réalisés à partir d'un site Internet, accessibles en tous points du territoire français ».
Dans ce sens la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 décembre 2003, affirme pour la première fois, le principe de la compétence de la juridiction française du simple fait de l'accessibilité du site Internet en France. Et ce, alors même que le site litigieux était intégralement rédigé en langue espagnole ne comportant aucune offre à destination du public français.
QuanT à la jurisprudence américaine, qui a eu à traiter relativement tôt de ces questions, elle ne s'est jamais engagée dans la reconnaissance d'une compétence universelle. Considérant dans un arrêt de la Cour suprême de 1945 (International Shoe Co v. Washington, 326 U.S. 310 (1945) at 316) qu'un tribunal, pour se déclarer compétent doit nécessairement avoir des points de contacts (*minimum contacts*) avec le for afin de ne pas heurter « les notions traditionnelles de fair-play et de justice » (note définition de for) cette jurisprudence à été transposée aux contestations générées par le commerce électronique. Ainsi selon la Cour, la simple accessibilité ne constitue pas un chef de compétences suffisant. (SF Hotel Company LP vs. Energy Investment et al U.S. (1997). Décision et comm. Thomas A. Dickerson)

Dés lors que « le site internet était accessible sur tout le territoire français » (CA Paris, 4ème ch., sect. B, 15 février 2008, Association des Audionautes : Jurisdata n°2008-35986) cela suffisait à fonder la compétence des tribunaux français. Une théorie un peu trop facile… La difficulté première étant de faire exécuter le jugement lorsque l'affaire a été jugée sur le territoire français et qu'elle exige de la part d'autre pays d'exécuter le jugement.
Avec Internet, les cas d'application extraterritoriale de la loi sont nombreux. Ainsi de nombreux systèmes juridiques peuvent revendiquer simultanément l'application de leurs règles, parfois contradictoires. En effet, à partir du moment où un contenu est diffusé sur Internet, il est consultable depuis n'importe quel pays relié au Réseau.
Le seul fait que le site soit accessible à partir du pays du juge ne devrait pas en soi, être considéré

comme un critère suffisant.

Carton jaune pour la France…

Ainsi l'affaire Yahoo, outre la reconnaissance des procédures de filtrage que nous avons vu précédemment, démontre l'ubiquité du droit français. En effet, le juge estime « qu'en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo! Inc. commet une faute sur le territoire français (…) le dommage étant subi en France, notre juridiction est donc compétente ».

Cette position peut s'avérait légitime eu égard des risques du Forum shopping.

Or si la jurisprudence française se reconnaît compétente au seul motif qu'un contenu est accessible en France, le juge n'a de compétence pour réparer que le seul dommage subi en France. Dés lors, « on peut néanmoins regretter que le Juge saisi n'ait pas pris davantage en considération le caractère disproportionné d'une éventuelle solution technique au regard du but poursuivi »[1]

En effet, les mesures ordonnées par le juge peuvent également empêcher des internautes autres que français d'accéder aux enchères litigieuses, c'est-à-dire des ressortissants d'autres pays dans lesquels les sites litigieux ne seront pas illicites.

Pour sa défense, Yahoo! invoque la législation américaine, et plus particulièrement le célèbre 1er amendement de la Constitution, qui garantit une liberté d'expression absolue aux Américains, considérée comme fondamentale. Ainsi, toute loi restreignant la liberté de parole est une forme de censure, et la censure est le pire des maux. Le 1er amendement protège donc également la diffusion de propos racistes et antisémites. On préfère la confrontation des idées, plutôt que leur interdiction, aussi extrêmes soient-elles.

Toutefois cela n'a pas empêcher le juge d'ordonner à la société Yahoo Inc. de « prendre toutes les mesures de nature à dissuader et rendre impossible toute consultation sur « Yahoo.com » du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ».

Ainsi, la société Yahoo! qui rappelons le, est une société de droit américain qui exerce ses activités dans le respect de la réglementation américaine et à la destination de ses utilisateurs américains introduit un recours préventif devant une cour californienne, en décembre 2000,

[1] Jean-Christophe Galloux, *Revue communication Commerce électronique*, septembre 2000, p. 20

contre l'éventualité d'une demande d'exécution des ordonnances du TGI de Paris.

Mi- temps !

La cour de San José en date du 7 novembre 2001 estime que l'exécution de l'ordonnance de référé française par une cour américaine est incompatible avec le premier amendement de la constitution. Bien qu'elle considère que l'Etat français a le droit d'interdire la propagande pour des symboles nazis et de les faire appliquer par les tribunaux français, l'application de ces injonctions aux Etats-Unis serait une atteinte non permise à la liberté d'expression.

Prolongations…

Le 23 août 2004 la Cour d'appel du 9ème District annule ce jugement considérant que Yahoo ne pouvait pas, suite à la décision française, saisir les juridictions américaines afin de faire constater l'incompatibilité du jugement français, avec les principes de la liberté d'expression fixée par le premier amendement de la constitution américaine.

Statuant sur le fond, la Cour d'appel fédérale de San Francisco, le 12 janvier 2006, confirme sa position antérieure et refuse de déclarer inapplicable sur le territoire américain une décision rendue par un tribunal français condamnant le moteur de recherche relativement à des contenus illicites.

Considérant que les restrictions ne s'appliquaient qu'au public français et n'avaient aucune incidence sur le public américain, l'atteinte substantielle au premier amendement ne pouvait être invoquée. Etant donné que l'accès à de tels contenus est interdit en France, il ne faut, en aucun cas, faciliter la violation par les français de la législation française.

De plus, en l'absence d'une interdiction générale d'accès au site, elle constate que les restrictions imposées à Yahoo n'avaient aucun impact, de manière indirecte sur le public américain.

L'utilisation internationale de l'Internet n'est pas sans rappeler source de difficulté, alors que l'Autriche et l'Espagne ont prévu, dans la transposition de la directive du 8 juin 2000 la possibilité d'introduire une responsabilité supplémentaire envers les fournisseurs de services de moteurs de recherche. La France essaie assidûment de franchir la surface de réparation…

« Aucun entraîneur n'a gagné de match par son savoir, c'est simplement par ce que ses joueurs ont appris ».

Amos Alonzo

SECTION II STRATAGÈME

Le stratagème est synonyme de ruse, tromperie…

Paragraphe 1 PARI

« Il faut croire à l'histoire pour attendre la survie dans l'héroïsme, l'exemple historique. Mais l'histoire finira. Ceux qui croient autrement font un pari sur l'infinité ».

Louis Guilloux, Extrait d'un Entretien

A. PREMIÈRE CHASSE

Si le lion joue un rôle souvent mineur pendant la chasse, il est pourtant le premier servi.

« S'il est un maître incontesté de la toile, son nom est certainement Google. Saint patron des cybers chercheurs, il est béni par les égarés de l'univers numérique où il est si facile de se perdre… A l'image de l'Internet, son pouvoir ne semble pas connaître de frontières géographiques ou fonctionnelles ».[1]

Son objectif : organiser toutes les informations du monde.

« Google est insensiblement devenu un instrument essentiel qui dépasse largement l'idée qu'on se fait généralement d'un moteur de recherche » déclare le journaliste Francis Pisani.

Deux ans après sa création en 1998, Google s'aperçoit qu'il pouvait gagner énormément d'argent en insérant de la publicité en texte pur sur ses pages de résultats de recherche et lance, le 23 octobre 2000, sa propre régie publicitaire intitulée Google AdWords.

Lorsque l'internaute effectue une recherche par mots-clefs, il obtient deux séries de résultats. Une première série dite de « résultats naturels » fournie sur la base de critères objectifs et une deuxième série, dite de « liens commerciaux » moyennant paiement des annonceurs. Ces liens correspondent donc au système publicitaire AdWords qui permettent de faire apparaître des marques concurrentes proposées, elles aussi, au choix de l'internaute.

Ainsi, ce système propose aux annonceurs « l'achat » non exclusif de mots-clefs contre paiement d'un prix déterminé à l'avance (« prix au clic ») pour faire apparaître leur marque dans les « liens

[1] Le *référencement par les outils de recherche face au droit des marques*, Sophie Pirlot De Corbion Extrait du livre Extrait du livre *La protection des marques sur Internet*, Bruylant, Bruxelles 2007

commerciaux ».

Or, la pratique de ces « liens sponsorisés » ou « liens commerciaux » perturbe l'indexation purement intellectuelle des moteurs de recherche et est devenue la cause de nombreux procès en responsabilité intentés à ces derniers.

Bien que cette pratique soit légale en soi à condition d'être clairement identifiée, suivant le principe de transparence du droit de la publicité, certains référenceurs ont toutefois vu leur responsabilité engagée, en raison des procédés de référencement mis en œuvre, en particulier lors du choix des mots-clefs.

Le contentieux prend forme lorsque ces mots-clefs correspondent à des marques enregistrées.

S'il est évident que les fournisseurs d'outils de recherche méritent de voir leur responsabilité limitée dans le cadre de leur activité traditionnelle, à savoir le référencement gratuit et automatique de millions de pages internet, il en est autrement en ce qui concerne leurs ventes de positions payantes qui s'apparentent à des ventes d'espaces publicitaires, passant du rôle de simple intermédiaire technique à celui de fournisseur d'espace publicitaire.

Ainsi le Tribunal de grande instance de Nanterre[1], dans sa décision du 13 octobre 2003 condamne Google pour contrefaçon de marques sanctionnant le fait de permettre à un annonceur de réserver des mots-clés correspondant à des marques déposées par un tiers. En l'espèce le Tribunal condamne la vente occasionnée par Google, des marques « Bourse des voyages » et « Bourse des vols » auprès de diverses sociétés.

Un an plus tard, le même tribunal[2] condamne de nouveau Google pour avoir commercialisé des liens sponsorisés contrefaisant des marques et va même encore plus loin en lui ordonnant la suppression des termes litigieux de la liste des mots clés suggérés dans son service d'annonces publicitaire AdWords. Bien que Google avait fait le nécessaire pour supprimer les liens promotionnels contrefaisant les marques Méridien et Le Méridien, jugées notoires, le juge estime qu'il subsistait « des problèmes et de sérieux doutes sur la stabilité des remèdes mis en œuvre pour respecter les marques protégées ». Malgré l'existence d'une clause limitative de garantie, Google ne peut dégager sa responsabilité vis-à-vis des tiers sur les liens sélectionnés eu égard du

[1] TGI de Nanterre 2ème chambre jugement du 13 octobre 2003 Société Viaticum, Société Luteciel contre Google France

[2] TGI de Nanterre Ordonnance de référé, 16 décembre 2004, Hôtels Méridien contre Google France

rôle actif qu'il joue dans le choix des mots clés.

Pour la première fois, dans un jugement du 14 décembre 2004, des acheteurs de mots clés ont été condamnés pour contrefaçon de marque et concurrence déloyale aux côtés de Google. Les clients de Google ont été reconnus responsables d'actes de concurrence déloyale et parasitaire.
Quant à Google qui joue « un rôle actif en proposant à ses clients une liste de mots clés dont la finalité est de susciter de nombreuses visites sur leur site commercial et d'augmenter ainsi sa rétribution » et commet un acte de contrefaçon en proposant des termes reproduisant une marque dans sa liste de mots clés à vendre. En effet, le tribunal rejette l'excuse du caractère automatique du système AdWords, choix économique de Google, au motif que la bonne foi est indifférente en matière de contrefaçon.[1]
De manière plus sévère, le Tribunal de grande instance de Paris[2], le 04 janvier 2005, condamne Google pour contrefaçon de marque, atteinte à sa dénomination sociale ainsi qu'à son nom de domaine et pour publicité trompeuse.
Même s'il revient à l'annonceur de choisir les mots clés et les termes de son annonce, les juges ont considéré que le moteur de recherche « avait joué un rôle actif par la portée, le sens même des mots qu'elle lui suggère pour mettre en avant et donc faciliter la consultation des sites ».
De plus, faisant apparaître en tête de liste des liens commerciaux des sites promouvant des produits contrefaisants, Google s'est rendu coupable d'actes de concurrence déloyale, auxquelles s'ajoutent les atteintes à la dénomination sociale du célèbre maroquinier et à son nom de domaine.
En outre, le tribunal estime que l'affichage, sur une même ligne, des sites proposant des produits Louis Vuitton et des sites vendant des contrefaçons risquait de créer une confusion envers les consommateurs.
Par conséquent, Google engage pleinement sa responsabilité considéré comme « le titulaire d'un support publicitaire qui propose aux annonceurs d'y faire figurer leurs annonces selon un placement payant, qu'elle contrôle ».
En définitive, les juges excluent d'appliquer à Google le régime d'irresponsabilité sous condition de l'article 6 de la loi LCEN étant donné que le service AdWords est un service publicitaire qualifié de « publicité contextuelle ».

« En permettant à ses clients annonceurs de créer des liens commerciaux à partir de marques ou

[1] TGI de Nanterre 2ème chambre, jugement du 14 décembre 2004, CNNRH, Pierre Alexis T contre Google France et autres, « Affaire Eurochallenges »)
[2] TGI de Paris 3ème chambre, 2ème section jugement du 04 février 2005, Louis Vuitton Malletier contre Google

d'enseignes d'électroménager, le moteur de recherche ne commet pas de contrefaçon de marque mais une faute délictuelle et se livre à de la publicité trompeuse. Il appartient aux moteurs de recherche qui proposent des liens commerciaux de mettre en place un dispositif de vérification de la licéité de l'usage par l'annonceur d'un mot-clé constituant une marque ou une dénomination sociale ou un nom de domaine ».[1]

La Cour d'appel de Paris du 1er février 2008, *Gifam et autres contre Google* confirme que la nature du service « AdWords » exclut la qualification pour Google de prestataire de stockage, sa responsabilité étant recherchée en tant que prestataire publicitaire. De plus les sociétés Google doivent répondre du choix de mots clés qu'elles agréent et vérifier que la mise en ligne de liens commerciaux ne portent pas atteinte aux droits des tiers, sans pouvoir invoquer « une impossibilité matérielle, juridique et économique pour opérer une vérification à priori ; qu'un empêchement de cette triple nature, à le supposer établi, ne peut exonérer un opérateur économique de toute responsabilité, mais doit le conduire à renoncer à cette activité ou bien, s'il persiste à le poursuivre, à en assumer les conséquences ».[2]

Ainsi Google tente désormais de se protéger en invitant les titulaires de marques, « s'ils ne veulent pas que leurs signes servent à l'apparition de liens commerciaux en faveur d'autres personnes, de les mettre eux-mêmes en mots clés négatifs, le titulaire d'une marque ayant une obligation de défense de cette dernière ».[3]

Les condamnations relatives à l'activité de lien sponsorisé vont bon train et les fondements retenus, pour rejeter le régime d'irresponsabilité sous conditions des prestataires techniques, divergent d'autant plus. Le fondement de la contrefaçon[4] semble s'affirmer à côté de celui de la responsabilité de droit commun, pour violation d'une obligation de vigilance et de prudence ou encore pour concurrence déloyale, sans oublier celui basé sur la publicité mensongère.

Alors qu'en France les titulaires de marques ont obtenu gain de cause dans la quasi-totalité des cas portés devant les tribunaux lors de la reprise de leur marque par AdWords, les autres juridictions Européennes dont les décisions, bien que fondées sur des motifs différents,

---

[1] TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 12 juill. 2006, Gifam et a. c/ Google France
[2] CA d'Aix en Provence, 6 décembre 2007, TWD Industrie contre Google France, Google Inc
[3] TGI, Paris réf., 17 septembre 2008, Multimédia contre Meetic
[4] TGI de Paris 14 mars 2008, Citadines Contre Google ; TGI de Lyon, 13 mars 2008, Rentabiliweb, Jean Baptiste D-V contre Google et autres

apparaissaient plus favorables à l'exploitation d'un tel système.
Ainsi, dans le cadre des affaires « Louis Vuitton » (C-236/08), « Bourses des vols » (C-237/08) et « Eurochallenges » (C-238/08), la Cour de cassation, afin de savoir si Google a commis des actes de contrefaçon en proposant, dans le cadre de son service AdWords, des termes reproduisant des marques dans sa liste de mots clés, a décidé dans trois arrêts du 20 mai 2008 de s'en remettre à la Cour de justice des Communautés européennes.
Il s'agit donc de savoir si l'usage fait par Google, dans le cadre de son système de publicité AdWords, de mots-clefs correspondant à des marques enregistrées, est constitutif d'une atteinte à ces marques. A défaut, la Cour doit se prononcer sur l'éventuelle application du régime de responsabilité limitée en matière d'hébergement.

En d'autre terme la Cour est amenée à analyser la notion de fournisseur de stockage d'informations et donc à déterminer les frontières du statut d'hébergeur.

« La chasse a toujours été la distraction favorite des hommes de guerre en temps de paix, c'est-à-dire les périodes plus ou moins brèves où la chasse à l'homme n'est pas ouverte ».

Claude Duneton, Extrait de La puce à l'oreille

B. DISTRACTION

Une distraction est un divertissement du quotidien donnant accès à un certain nombre de fantaisies permises par des comportements motivés.

« Etre critiqué c'est déjà commencer à être aimé non ? Si l'on en croit Jaques Dutronc, Google serait adoré de tous. En effet, c'est avec l'année 2009 que déferle une pluie de critique sur le géant de l'internet. Sortez vos parapluies ; d'après les prévisions météorologiques, Google Suggest est toujours placé en vigilance orange.

En octobre 2007, apparaît sur nos écrans d'ordinateurs un nouveau service d'assistance à la recherche sur internet. En effet, Google Suggest propose les dix résultats les plus pertinents au fur et à mesure que l'utilisateur saisit sa recherche.
Les objectifs de Google Suggest sont multiples : aider l'internaute à formuler ses requêtes de recherche, réduire les erreurs de frappe et permettre aux internautes de gagner du temps. Disponible dans plus de 150 pays et 50 langues, Google Suggest est désormais configuré par défaut sur le

moteur de recherche, étant cependant précisé que l'internaute peut désactiver cette fonction.

L'histoire de Google Suggest semble prendre la même tournure que celle des liens sponsorisés de Google AdWords. Si ces derniers ont tout d'abord été remarqués du fait de leur développement exponentiel, c'est ensuite le contentieux les concernant qui a attiré l'attention.
Certes à l'origine très pratique, cet outil de saisie semi-automatique paraît avoir ses propres limites. Certaines suggestions émises par le moteur de recherche sont souvent discutables et parfois préjudiciables. Le succès de Google Suggest semble aujourd'hui devoir céder sa place à la question de la légalité de cette fonctionnalité de référencement.

En effet la fonction Google Suggest commence à susciter des contentieux de sociétés qui contestent le fait que leur nom soit associé à des termes désobligeants, dénigrants, de nature à induire en erreur.
Ainsi, la société « Direct Energie » assigne Google devant le juge des référés du Tribunal de commerce de Paris, afin que Google soit condamné à supprimer le terme arnaque des suggestions proposées par le logiciel.
En effet, lorsqu'un internaute commençait à taper « Direct Energie » sur le moteur de recherche, ce dernier suggérait en premier lieu « direct énergie arnaque ».
Par ordonnance du 7 mai 2009, le juge fît droit à sa demande fondée sur la responsabilité pour faute de Google, considérant que le rapprochement du terme « arnaque » avec ladite société constituait un trouble manifestement illicite :

> « La société Google participe, fût-ce involontairement, à une campagne de dénigrement de Direct Energie à qui elle donne un écho particulièrement important vu le nombre considérables d'internautes utilisant ses services, ce qui entraîne un trouble manifestement illicite ».

Pour sa défense Google soulève que Google Suggest est une « fonction statistique, automatique et objective du moteur de recherche Google » de telle sorte que sa responsabilité ne peut être engagée (même argument soulevé dans le cadre des contentieux relatifs à son système AdWords). Ainsi au nom de la liberté d'expression et du droit à l'information, il considère que ces suggestions seraient « manifestement légitimes et utiles à l'ensemble de la communauté des internautes, car elles ne sont que le reflet objectif des recherches qui sont statistiquement les plus fréquemment effectuées par les internautes ».
Sur l'appel interjeté par Google, la Cour d'appel de Paris réforme, le 9 décembre 2009, le

jugement sans pour autant le remettre en cause en adoptant un raisonnement différent.
En effet, bien que l'association du nom de la société avec le terme « arnaque » porte atteinte à l'image et à la réputation de l'entreprise, la Cour d'appel reproche à Google, non pas de renvoyer à une rubrique telle, mais de la suggérer, avant même que l'internaute n'ait fini de saisir sa recherche, donc sans connaître la réelle intention de celui-ci.

En revanche, elle impose au Géant de l'internet de mentionner un avertissement préalable bref mais suffisamment clair et lisible s'agissant de la liste des suggestions. Contrairement à ce que peut prétendre Google, « un utilisateur moyen de moteur de recherche ne sait pas parfaitement que Google Suggest ne propose que des requêtes tapées avant lui par d'autres, classées par ordre alphabétique. » Toutefois, la cour précise que cette mesure novatrice est limitée à ce qui est strictement suffisant pour faire cesser le trouble jugé manifestement illicite. Et ceci pour éviter une quelconque atteinte injustifiée à la liberté d'expression comme le prétendait Google.

Or il semblerait que Google nage en pleine eau trouble : deux plaintes contre un même mot et pourtant deux décisions de justice différentes.
Au mois de juillet, le Centre national privé de formation à distance (CNFDI) avait assigné Google pour les mêmes raisons que l'affaire en cause sur le fondement de l'injure, infraction de presse régie notamment par les articles 29 et 33 de la loi du 29 juillet 1881.

Bien que le juge constate que le terme « arnaque » est susceptible d'avoir une connotation outrageante en ce qu'il renvoie à l'escroquerie, au vol, à la tromperie et à la tricherie, il considère que les suggestions litigieuses « correspondent à des résultats réels, à savoir des pages accessibles sur le réseau où le sigle CNFDI est rapproché du mot arnaque. Or il doit être rappelé que les moteurs de recherche sur internet sont des outils indispensables pour rendre effective la libre diffusion de la pensée et de l'information sur ce réseau mondial et décentralisé, dont la contribution à la valeur constitutionnellement et conventionnellement reconnue garantie de la liberté d'expression est devenue majeur ».
En d'autres termes le juge des référés estime que la seule suggestion du nom CNFDI avec un terme injurieux ne constitue pas une injure dès lors que cette suggestion procède de résultats pertinents.

Débouté de sa demande, le TGI de Paris, le 4 décembre 2009, revient sur cette analyse et ordonne Google à supprimer l'expression incriminée en rappelant que :

« Par son libellé même, l'item de recherche litigieux est incontestablement de nature à orienter

la curiosité des internautes ou à appeler leur attention sur un tel thème, et, ce faisant, de nature à provoquer un « effet boule de neige » d'autant plus préjudiciable à qui en fait l'objet que le libellé le plus accrocheur se retrouvera ainsi plus rapidement en tête de liste des suggestions de recherches ».

Adoptant une attitude beaucoup plus protectrice de la liberté d'expression et du droit à l'information, cette position s'inscrit dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à la loi HADOPI qui a notamment mise en exergue l'importance de la liberté d'expression, en particulier sur internet.

Au final, dans la première affaire, basée sur le droit commun de la responsabilité Google n'aura pas à supprimer le terme « arnaque » de la requête mais simplement à alerter l'internaute. En revanche, dans la seconde affaire, basée sur la sanction de l'injure, Google devra supprimer le terme « CNFDI arnaque » des suggestions proposées.

A l'heure actuelle la mention « arnaque » associée au fournisseur d'électricité a disparu. En revanche les explications relatives au fonctionnement du logiciel exigées par la Cour ne sont toujours pas disponibles. De plus, l'écriture intuitive du moteur de recherche suggère tout de même « direct energy arnaque » nous redirigeant ensuite vers « direct énergie arnaque ».

Quoi qu'il en soit la remise en cause de Google Suggest amène inévitablement celle du fonctionnement de l'algorithme Google. Bien que Sergeï BRIN déclare « l'objectivité de nos classements est l'un de nos principes les plus important. Nous ne laissons pas notre avis personnel, religieux, politique, éthique ou autre affecter nos résultats » il semblerait désormais que Google soit soumis à la subjectivité humaine.
Quand bien même considérés comme des « outils indispensables pour rendre effective la libre diffusion de la pensée et de l'information sur ce réseau mondial et décentralisé » par le conseil constitutionnel, les moteurs de recherches ne sont pas à l'abri d'un nouvel orage.

La question reste la même : les moteurs de recherche devraient-ils être tenus responsables du contenu qu'ils retournent aux internautes ?

Á l'instar de la fonctionnalité Google AdWords, ce nouveau logiciel sera à l'origine de nombreux contentieux enrichissant la matière du droit de la responsabilité des moteurs de recherche.

« Le jeu de mot trahit donc une distraction momentanée du langage »

Le rire

Paragraphe 2 PRESSION

« En attendant que la fichue bagarre commence enfin »

Stéphanie Meyer, Révélation

A. Á LIVRE OUVERT

« Le ciel était clair, scintillant d'étoiles, d'un bleu éblouissant à certains endroits et jeune à d'autres. Les étoiles créaient de majestueuses formes tourbillonnant dans l'univers sombre ».

Stéphanie Meyer, Révélation

« Tout commença le 14 décembre 2004. Tout ? J'ai tort. Disons plutôt que, dans ce domaine, une information reçue soudain par les agences de presse secoua brutalement la douce persévérance de nos desseins, de noc actions et de nos imaginations.

Nous apprîmes que Google, cette entreprise américaine proposant le moteur de recherche le mieux installé dans nos ordinateurs, projetait de numériser, selon un plan de six ans, une quinzaine de millions de livres imprimés, c'est-à-dire environ 4,5 milliards de pages »[1].

Les dés sont jetés !

Lors du Salon du livre de Francfort, qui a eu lieu en octobre 2009, Google a mis carte sur table et annonce « capot » dès le premier tour. Début 2010, sa propre librairie numérique verra le jour sous le nom de « Google Edition ». Or la partie n'est pas terminée, bien au contraire!

Google a démarré son projet en 2004 pour conclure en octobre 2008 un accord avec deux des plus grandes organisations d'auteurs et éditeurs américains (l'Authors Guild et l'Association of American Publishers) l'autorisant à scanner des livres en vue de les mettre sur la toile en échange de 125 millions de dollars en guise de rémunération des auteurs.

[1] Jean Noël Jeanneney, Chronique d'un combat Décembre 2004-avril 2007, Extrait du livre Quand Google défie l'Europe, Plaidoyer pour un sursaut

Toutefois le 05 février 2010, le Département de la Justice des États-Unis a rendu un avis défavorable considérant que l'accord actuel entre la firme et les différentes associations d'auteur était déséquilibré : « Malgré les efforts louables déployés par les différentes parties afin d'améliorer le projet initial, bon nombre de problèmes identifiés perdurent ».

En effet, le problème du respect du droit d'auteur et d'abus de position dominante est au cœur des débats. Ayant pour objectif premier la démocratisation de l'accès à l'information sur internet, le géant américain n'est pas le seul à posséder les atouts en main et fait l'objet de vives critiques.

L'idée de numériser les livres n'est pas nouvelle. En effet, fin 2008 fut lancé la bibliothèque européenne en ligne, plus communément appelée « Europeana », proposant plus de deux millions d'œuvres (films, livres, photographies, tableaux…) issues des bibliothèques nationales et institutions culturelles des 27 états membres de l'Union Européenne. Amazon.com a créé son service Kindle qui n'est autre qu'un livre électronique, deux exemples parmi tant d'autres.
Face a cette frénésie du numérique, Google qui jusqu'à présent se limitait à rediriger les internautes vers les boutiques en ligne d'Amazon ou Barnes and Noble, s'inscrit dans une toute nouvelle perspective : « redonner vie à des millions de livres épuisés parmi les plus difficiles à trouver, tout en respectant le droit d'auteur ». Google books n'a pas qu'un tour dans son sac et propose ainsi aux internautes la possibilité d'acheter et de consulter depuis internet des ouvrages électroniques grâce à leur compte Google.
A l'heure actuelle 30 000 éditeurs partenaires ont déjà confié la numérisation de leur ouvrage à Google books. Ce qui représente environ 2millions de livres et ce n'est pas tout! Consciente de ne pas pouvoir rivaliser face au géant américain, la Bibliothèque Nationale de France (BNF) n'a rien trouvé de mieux que de collaborer avec ce dernier pour numériser ses ouvrages, alors que l'Europe et plus particulièrement l'Allemagne et la France s'inquiètent fortement face à ce projet. C'est pour dire, Frédéric Mitterrand dénonce ce projet comme étant une « menace pour la diversité culturelle ». Un tel parti pris n'est pas sans précédent.
Certes la question sur les droits d'auteur et sur le sort des œuvres orphelines européennes, dont Google pourrait monopoliser la numérisation, est préoccupante. N'oublions pas que depuis 2006 Google est attaqué par l'éditeur la Martinière, accusé de reproduction, conservation et diffusion sur Internet.
Sollicité pour signer un accord permettant à Google la mise en ligne en partie ou en totalité de ses ouvrages, la Martinière avait expressément refusé toute éventuelle négociation. Or le géant américain n'en a pas tenu compte et se retrouve désormais accusé de contrefaçon.

Jugé comme un système « illégal, dangereux et dommageable aux éditeurs » par l'avocat de la Martinière? ce dernier demande au tribunal de régler le problème pour la France; Google ayant contesté la compétence de la justice française.
Cette affaire démontre une fois de plus que le règlement des conflits dans un monde sans frontière? ne se résume pas qu'à une simple partie de cartes et ce alors même que le droit international tient son rôle de croupier très à cœur.
En effet la convention de Berne de 1886 (dont la France et les États-Unis sont membres) dans son article 5-2 relatif aux conflits de loi applicable, précise qu'il faut se référer à « la législation du pays où la protection est réclamée ». Donc à en croire ce texte, le droit français trouverait à s'appliquer. Or depuis 2007, les choses ne sont pas aussi simples.
Dans un arrêt du 30 janvier 2007 « Lamore », la Cour de cassation a estimé que « la législation du pays où la protection est réclamée n'est pas celle du pays où le dommage est subi, mais celle de l'État sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux. » La numérisation des ouvrages sur le territoire américain constitue l'origine de toute cette affaire. Ce qui amènerait à appliquer la loi américaine.
Dans cette dernière hypothèse il serait logique que le tribunal de grande instance de Paris se déclare incompétent et renvoie l'affaire aux États-Unis. Toutefois en mai 2008 dans une affaire mettant en cause Google images un juge français a décidé d'appliquer lui-même la loi américaine!
En l'espèce le Tribunal de Paris, dans une décision du 20 mai 2008, déboute la Société des Auteurs et Arts Visuels et de l'Image Fixe (SAIF) qui estimait que l'affichage dans les pages de résultats Google Images de plusieurs vignettes représentant des œuvres de son répertoire constituait une contrefaçon. Ainsi « il fallait retenir le lieu où le fait générateur de la contrefaçon a été réalisé (…) pour déterminer la loi applicable au litige et non celle du lieu où le dommage est subi ».

Et tel un carré d'as dans une partie décisive, le juge n'est autre que celui qui doit juger l'affaire de Google books aujourd'hui! Celui-ci avait évoqué la notion de « fair use » (usage équitable) issue de l'article 107 du Copyright Act pour réfuter l'idée de contrefaçon.

Quoiqu'il en soit la Martinière doit abattre ses meilleures cartes car si la loi américaine s'applique, les auteurs et éditeurs français ne pourront plus exiger le respect de leur droit moral qui n'existe pas aux États-Unis de même pour la courte citation. A contrario, si la loi française s'applique, Google pourrait se défendre sur la base de l'exception de la courte citation prévu par l'article 122-5 du Code de la propriété intellectuelle.
Le problème des droits liés à la numérisation n'est pas réglé. Les négociations, quant à elles, vont

bon train. En effet la Martinière s'est associé avec Flammarion pour fonder Eden-Live.
D ' où la nécessité de remporter la partie s'assurant ainsi l'exclusivité des droits de reproduction de ses ouvrages.

Faites vos jeux…

L'arrêt du 9 octobre 2009 vient lui « couper l'herbe sous le pied ».
Invoquant d'emblée l'incompétence de la juridiction français, le Tribunal de grande instance décide de mettre en cause Google. En sa qualité de moteur de recherche le tribunal condamne ce dernier, ayant permis l'affichage sur Google Images d'une photographie représentant Patrick Bruel sans l'accord du photographe. Ainsi, il écarte l'application du droit américain et retient l'acte de contrefaçon sur la base du Code de la propriété intellectuelle. Cet arrêt ne saurait s'inscrire comme le contre courant de la jurisprudence SAIF qui consiste à prendre en considération le fait générateur de la contrefaçon pour déterminer la loi applicable au litige.
Le tribunal estime simplement en l'espèce que ce fait consiste en l'affichage de la photo sur le site google.fr et non l'acte d'indexation effectué à partir des serveurs américains.

Alors que Google Images se contente d'indexer les contenus et de les afficher sous forme de vignettes accompagnées de liens, Google Book va beaucoup plus loin et l'acte initial de numérisation qui a été effectué à partir des Etats-Unis occupe une place centrale. Ce qui pourrait amener le juge a lui reconnaître un poids suffisamment important pour faire basculer l'affaire du côté du droit américain
Toutefois le Tribunal de grande instance, dans un arrêt du 18 décembre 2009 apporte un coup d'arrêt à la volonté quasi-tentaculaire d'étendre en France et notamment à la littérature française, son moteur de recherche Google Books, lui interdisant de poursuivre la numérisation d'ouvrages sans l'autorisation des éditeurs.
Condamné à verser 300 000 euros de dommages et intérêts à l'éditeur La Martinière par le tribunal qui écarte l'application de l'exception de courte citation considérant que « la représentation intégrale de l'œuvre picturale exclut le bénéficie de la courte citation, d'autant plus que l'aménagement prévu par l'article L.122-5-9 n'est applicable qu'à l'information par voie de presse », Google a interjeté l'appel le 21 janvier dernier.
Peut être alors qu'il serait préférable que le législateur français ou européen s'aligne sur l'exception de « fair use ».
Cette décision a pour objectif d'inciter Google à négocier en France avec les ayants droit. Par

aucun « accord transactionnel de classe avec les éditeurs américains dont l'opposabilité aux demanderesses n'est pas démontrée et qui serait de surcroît en cours de validation par la justice américaine ».
Dans cette perspective, la commission Tessier a remis un rapport début janvier 2010 au ministre de la Culture s'agissant de la numérisation du patrimoine des bibliothèques qui suggère de proposer au géant américain « une autre forme de partenariat fondé sur l'échange équilibré des fichiers numérisés, sans clause d'exclusivité ».

« Un livre, c'est un navire dont il faut libérer les amarres. Un livre, c'est un trésor qu'il faut extirper d'un coffre verrouillé. Un livre, c'est une baguette magique dont tu es le maître si tu en saisis les mots ».

Michel Bouthot, Extrait de Chemins parsemés d'immortelles pensées

B. SURPRISE

« Pour le coup, je ne l'ai pas vu venir celle-là »

La Cour de cassation vient de rejeter la décision de la Cour d'appel qui avait condamné Google à 300 000 € d'amendes pour avoir vendu le nom de marques sur son service AdWords.

La fin de l'exception française :

Bref rappel : La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) avait été saisie d'un recours préjudiciel par un arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2008 afin de clarifier le fondement de la responsabilité de Google s'agissant de son activité de régie publicitaire.
La France s'inscrivait comme étant l'unique pays à reconnaître Google coupable de violation du droit des marques lors de la vente de mots-clés Louis Vuitton à certains concurrents du maroquinier. En effet les autres juridictions Européennes dont les décisions, bien que fondées sur des motifs différents, apparaissaient plus favorables à l'exploitation d'un tel système.

Le 22 septembre 2009,

Ainsi pour comprendre au mieux l'arrêt du 23 mars 2010 rendu par la CJUE, il est opportun de faire état des conclusions rendues par l'avocat général de la Cour de Justice des Communautés Européennes, M. Poiares Maduro.
Selon lui « Google n'a pas enfreint les droits de marque en permettant aux annonceurs d'acheter des mots-clefs correspondant à des marques enregistrées. Néanmoins, sa responsabilité peut être engagée au titre du contenu d'AdWords impliquant des atteintes aux marques ».

En effet il précise que, lors de la sélection des mots-clefs, aucun produit ou service n'est vendu au public et qu'il convient de constater qu'un tel usage ne peut être considéré comme un usage fait pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux que couvrent les marques. Ainsi le titulaire d'une marque ne pourrait poursuivre Google au seul motif que ce dernier offre la possibilité à ses concurrents d' « acheter » une expression reprenant sa marque.
Par ailleurs, qu'il s'agisse de résultats naturels ou AdWords, l'affichage de sites en réponse à des mots-clefs correspondant à des marques ne suffit pas à créer un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs quant à l'origine des produits ou services.

« Les présentes affaires requièrent une mise en balance avec la liberté d'expression et la liberté du commerce ».
La reconnaissance d'un droit général permettant aux titulaires des marques de s'opposer à l'utilisation de leurs marques comme mots clés pourrait aboutir à priver l'internaute d'un accès à des sites parfaitement légitimes.
Pour l'avocat général la contribution, réelle ou potentielle, à une atteinte à une marque commise par un tiers ne peut constituer en elle-même une atteinte à la marque.
S'agissant de savoir si le système AdWords peut bénéficier du régime de responsabilité prévue en matière d'hébergement, il considère que « tant le moteur de recherche Google que son système AdWords constituent des services de la société de l'information mais que néanmoins si le premier est un véhicule d'informations neutre appliquant des critères objectifs pour obtenir une liste de résultats pertinents par rapport aux mots-clefs saisis, tel n'est pas le cas d'AdWords, Google ayant ici un intérêt (pécuniaire) direct à ce que les internautes cliquent sur les « liens commerciaux » .

Le mardi 23 mars 2010,

La CJUE considère que Google se borne à « stocker » les mots-clés contrefaisants, sans en faire un usage direct et ne peut donc être tenu responsable pour contrefaçon de marque.
La question est de savoir si au regard de l'article 5 de la directive 89/104, l'usage fait par Adwords de mots-clefs correspondant à des marques, en dehors de tout consentement préalable des titulaires « a lieu dans la vie des affaires, est fait pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, et porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque ».
Selon la Cour, Google se contente de stocker et d'afficher ces mots-clés qui seront ultérieurement utilisés par les annonceurs eux-mêmes. Par conséquent en tant que simple fournisseur de mots-clés il ne fait pas un usage de ceux-ci « dans la vie des affaires ».
Ainsi seule la responsabilité de l'annonceur pourra être invoquée sur le fondement du droit des marques et de la concurrence déloyale.

S'agissant de la qualification de Google en tant qu'hébergeur ou éditeur, la Cour rappelle que « les dérogations en matière de responsabilité (prévues par la directive) ne couvrent que les cas ou l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information revêt un caractère « purement technique, automatique et passif » impliquant que ledit prestataire n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées ».
Ce qui importe est « le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots-clés ». Mais « la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération, ou encore qu'elle donne des renseignements d'ordre général à ses clients, ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 ». Alors qu'on attendait avec impatience la position de la Cour quant à la question de savoir si Google doit être qualifié d'hébergeur ou d'éditeur, cette dernière renvoie aux juridictions nationales, le soin de déterminer si le prestataire de référencement publicitaire peut bénéficier du régime de responsabilité limité des hébergeurs.
Le 13 juillet 2010,

La Cour de cassation charge la Cour d'appel de Paris de se prononcer sur la compétence des tribunaux français et sur la responsabilité de Google dans l'affaire opposant Louis Vuitton à Google

En effet, la Cour considère que la responsabilité civile de Google peut être engagée, à condition qu'il puisse être prouvé qu'ayant eu connaissance du caractère illicite d'une publicité, il n'a pas pris tous les moyens de l'en empêcher.
Il faudra attendre cependant la décision d'appel pour apprécier cet « effort de clarification ».

Le 14 septembre 2010,

« Le but de Google est de fournir à ses utilisateurs l'information la plus pertinente possible, qu'il s'agisse des résultats de recherche ou de la publicité, et nous pensons qu'un choix plus important leur sera bénéfique. Notre politique vise à répondre de manière équilibrée aux besoins des internautes, des annonceurs et des détenteurs de marque ».
Ainsi, à partir de cette date, il sera possible d'enregistrer au sein du programme publicitaire AdWords des annonces faisant mention d'une marque déposée contre l'avis du détenteur de cette dernière.
Google, jusqu'à présent, fournissait aux entreprises une option permettant d'interdire toute utilisation de leurs marques déposées. Eu égard de la décision rendue par la cour de justice européenne, le moteur de recherche annonce qu'il s'apprête à lever ces possibilités de restriction, comme c'est déjà le cas aux Etats-Unis.
Ainsi n'importe qui pourra acheter des noms de marque en guise de mots-clefs.
Cette nouvelle stratégie semble inquiéter les titulaires de marques quant au respect de leurs droits de propriété. Mais pas d'inquiétude, Google a tout prévu. En cas de conflit les marques auront leur mot à dire !
Si un titulaire de marque estime qu'une annonce tierce déclenchée par sa marque en Europe induit les consommateurs en erreur quant à l'origine des produits et services mis en avant, il pourra effectuer une réclamation auprès de Google qui la retirera, si cette réclamation est justifiée.

> *« Pour tirer le meilleur partie des connaissances acquises, pour en extraire toute la richesse, il importe de se laisser le temps de la surprise et de l'étonnement »*
>
> *Hubert Reeves, Extrait de L'espace prend la forme de mon regard*

…

EPILOGUE

RÉVÉLATION

Plus que tout autre média, l'internet peut permettre la liberté d'expression, toutefois le caractère mondial de ce réseau rend particulièrement difficile la censure de ce média.

Afin que la victime obtienne réparation, l'Internet n'échappe pas à la tendance à la multiplication des responsables. Compte tenu de la difficulté à identifier l'auteur, on en vient à imposer un devoir de vigilance, et bien plus encore, du professionnel pour décharger l'internaute comme dans le cadre de la législation de la consommation.

C'est à croire qu'Internet devient un outil de grande consommation. Nul ne doute !

Après plusieurs hésitations, plusieurs tentatives le régime de responsabilité des fournisseurs d'accès à Internet et des hébergeurs semble être déterminé. Toutefois l'arrivée des outils de recherche dans l'univers numérique dont leur rôle est essentiel révèle quelques anomalies.

Google, perçu tantôt comme un provocateur, tantôt comme l'allié bienveillant de tout le monde va être le « whipping boy » des juridictions afin de trouver une solution aux problèmes.

En prenant en compte uniquement la qualité du prestataire, il est difficile d'appréhender globalement la responsabilité des acteurs de l'Internet, c'est pourquoi il est nécessaire de considérer séparément les différentes activités mises en œuvre et de mettre en place une qualification distributive de responsabilité.

De plus il ne faut pas oublier que la notion de diffusion d'information implique inévitablement une responsabilité civique et que moralement « le cyber citoyen » doit assumer les décisions qui l'engagent.

ANNEXE

Loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 Loi dite LCEN

Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (1).

- TITRE Ier : DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION EN LIGNE
  - CHAPITRE II : Les prestataires techniques.

Article 6
Modifié par LOI n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 28

I.-1. Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens.

Les personnes visées à l'alinéa précédent les informent également de l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle et leur proposent au moins un des moyens figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 331-26 du même code.

2. Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

3. Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.

L'alinéa précédent ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa.

4. Le fait, pour toute personne, de présenter aux personnes mentionnées au 2 un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende.

5. La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :

-la date de la notification ;

-si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;

-les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;

-la description des faits litigieux et leur localisation précise ;

-les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;

-la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté.

6. Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

7. Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire.

Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence , notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 227-23 et 227-24 du code pénal.

A ce titre, elles doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Elles ont également l'obligation, d'une part, d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites.

Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression des activités illégales de jeux d'argent, les personnes mentionnées aux 1 et 2 mettent en place, dans des conditions fixées par décret, un dispositif facilement accessible et visible permettant de signaler à leurs abonnés les services de communication au public en ligne tenus pour répréhensibles par les autorités publiques compétentes en la matière. Elles informent également leurs abonnés des risques encourus par eux du fait d'actes de jeux réalisés en violation de la loi.

Tout manquement aux obligations définies aux quatrième et cinquième alinéas est puni des peines prévues au 1 du VI. ;

8.L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

II.-Les personnes mentionnées aux 1 et 2 du I détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires.

Elles fournissent aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues au III.

L'autorité judiciaire peut requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I des données mentionnées au premier alinéa.

Les dispositions des articles 226-17, 226-21 et 226-22 du code pénal sont applicables au traitement de ces données.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation.

II bis (1).-Afin de prévenir [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006] les actes de terrorisme, les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de ces missions peuvent exiger des prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I la communication des données conservées et traitées par ces derniers en application du présent article.

Les demandes des agents sont motivées et soumises à la décision de la personnalité qualifiée instituée par l'article L. 34-1-1 du code des postes et des communications électroniques selon les modalités prévues par le même article. La Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité exerce son contrôle selon les modalités prévues par ce même article.

Les modalités d'application des dispositions du présent II bis sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, qui précise notamment la procédure de suivi des demandes et les conditions et durée de conservation des données transmises.

III.-1. Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert :

a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;

b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée ;

d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I.

2. Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné au 2 du I, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus au 1.

Les personnes mentionnées au 2 du I sont assujetties au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal, pour tout ce qui concerne la divulgation de ces éléments d'identification personnelle ou de toute information permettant d'identifier la personne concernée. Ce secret professionnel n'est pas opposable à l'autorité judiciaire.

IV.-Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service, [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004].

La demande d'exercice du droit de réponse est adressée au directeur de la publication ou, lorsque la personne éditant à titre non professionnel a conservé l'anonymat, à la personne mentionnée au 2 du I qui la transmet sans délai au directeur de la publication. Elle est présentée au plus tard dans un délai de trois mois à compter de [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004] la mise à disposition du public du message justifiant cette demande.

Le directeur de la publication est tenu d'insérer dans les trois jours de leur réception les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le service de communication au public en ligne sous peine d'une amende de 3 750 Euros, sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article pourrait donner lieu.

Les conditions d'insertion de la réponse sont celles prévues par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 précitée. La réponse sera toujours gratuite.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent IV.

V.-Les dispositions des chapitres IV et V de la loi du 29 juillet 1881 précitée sont applicables aux services de communication au public en ligne et la prescription acquise dans les conditions prévues par l'article 65 de ladite loi [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004].

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC du 10 juin 2004]

VI.-1. Est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende le fait, pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale exerçant l'une des activités définies aux 1 et 2 du I, de ne pas satisfaire aux obligations définies aux quatrième et cinquième alinéas du 7 du I, de ne pas avoir conservé les éléments d'information visés au II ou de ne pas déférer à la demande d'une autorité judiciaire d'obtenir communication desdits éléments.

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ces infractions dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal. Elles encourent une peine d'amende, suivant

les modalités prévues par l'article 131-38 du même code, ainsi que les peines mentionnées aux 2° et 9° de l'article 131-39 de ce code.L'interdiction mentionnée au 2° de cet article est prononcée pour une durée de cinq ans au plus et porte sur l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

2. Est puni d'un an d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende le fait, pour une personne physique ou le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale exerçant l'activité définie au III, de ne pas avoir respecté les prescriptions de ce même article.

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ces infractions dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal. Elles encourent une peine d'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du même code, ainsi que les peines mentionnées aux 2° et 9° de l'article 131-39 de ce code.L'interdiction mentionnée au 2° de cet article est prononcée pour une durée de cinq ans au plus et porte sur l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

NOTA:

(1) : Loi 2006-64 du 23 janvier 2006 art. 32 : Les dispositions de l'article 6 de la présente loi sont en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008.

Loi n° 2008-1245 du 1er décembre 2008 : les dispositions de l'article 32 de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 sont prorogées jusqu'au 31 décembre 2012

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

BENSOUSSAN A. , *Informatique, Télécoms, Internet*, Francis Lefêbvre 2008

CASTETS-RENARD C., *Droit de l'Internet,* Montchrestien 2010

JEANNENEY J.N., *Quand Google défie l'Europe,* Mille et une nuits 2010

LARDIEU J. ,*Droit de l'Internet*, Ellipses, 2ème édition, 2010

LEGLER T., KILLIAS P.A, MOREILLON L., GILLIERON P., DE WERRA J., JACCARD M., CAVALLI J., SALVADE V., STROWEL A., JASSERAND C., NIGON P., *Internet 2005***,** Cédidac 2005

STROSS Randall.,*Planète Google,Faut-il avoir peur du géant du web?,* Pearson 2009

REVUES :

CARON C. : « Faut-il réformer la loi LCEN? » Communication commerce électronique n° 6 , juin 2008, repère 6

CARON C. : « Contre façon et sites communautaires : état des lieux jurisprudentiels »Communication commerce électronique n° 12 , décembre 2007

GRYNBAUM L. : « Un fournisseur d'hébergement condamné pour impossibilité de fournir l'identité des éditeurs d'un site contrefaisant » Communication commerce électronique n° 7 , juillet 2005

GRYNBAUM L. : « Assignation de fournisseurs d'accès et de fournisseurs d'hébergement au titre de l'article 6 de la loi LCEN

LEDIEU M.A. : « Inquiétude devant le projet de décret d'application de la LCEN » Communication commerce électronique n° 6 , juin 2007

WALLON F. : « Le filtrage est techniquement possible et socialement nécessaire »Communication commerce électronique

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS :

ALBRIEUX S. : « La complicité du fournisseur de moyens de communication électronique, *Légipresse*, Avril 2005, n° 220, p.40

DREYFUS N. : « Variabilité de la responsabilité encourue par les acteurs des blogs en fonction de la qualité de l'éditeur du blog et de la diligence de l'hébergeur », *RLDI* janvier 2007/23 n° 728

HUGOT J-P. : « Des nouvelles responsabilités sur l'Internet : du vide au flou juridique », *Légipresse*, Mai 2002, n° 191, p. 51

LEVY M. et ESKINASY E. : « Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité », *Gazette du Palais*, Dimanche 17 au mardi 19 avril 2005, p. 33

TABAKA B. : « Le rôle de l'internaute depuis la loi de confiance dans l'économie numérique », *Légipresse,* janvier 2006, n° 228, p. 1

THOUMYRE L. : « Responsabilité des hébergeurs : détours et contours de l'obligation de vigilance », Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 127, juillet 2000

THOUMYRE L. : « La responsabilité pénale et extracontractuelle des acteurs de l'Internet », *Lamy Droit des médias et de la communication*, juin 2003

SENDRA A. : « Responsabilité des forums de discussion : état des lieux », *expertises*, nov. 2002, p. 381

CONCLUSIONS ET NOTES :

AUROUX J.B.sous TGI Paris, Référé, 19 octobre 2006, *RLDI* 2006/21 n° 667

AUROUX J.B.sous TGI Paris, 16 octobre 2006, RLDI 2006/21 n° 666

COSTES L. sous CA Paris, 10 février 1999 « Quelle responsabilité pour les fournisseurs d'hébergement Internet », *Lamy Droit des affaires* 1999, n° 14

CHAFIOL-CHAUMONT F. sous CA Paris, 7 juin 2006, Tiscali Média contre Dargaud Lombard et Lucky Comics, « Où finira la responsabilité des fournisseurs d'hébergement? », *Légipresse* octobre 2006, n° 235

DREYFUS N. sous TGI Paris 17 mars 2006, *RLDI* 2006/18 n° 532

OLIVIER et BARBRY sous CA Paris, 14 février 1999, JCP «éd. 6 1999.II 10101

TABLE DE LA JURISPRUDENCE :

Conseil constitutionnel:

Décision 2004-496 du 10 juin 2004, relative à la LCEN, *JO* n° 43, 22 juillet 2004

Décision n° 2000-433, DC 27 juillet 2000 sur la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO n° 177, 2 août 2000

Cours de Cassation :

Ccass., Crim., 19 mars 1986,

Cours d'appel :

CA Paris, 8 novembre 2006, Comité de Défense de la Cause Arménienne c/ S. Aydin

CA Paris, 7 juin 2006, Tiscali Média c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics

CA Aix en Provence, 13 mars 2006, SA Lucent Technologies c/ SA Escota

CA Paris, 10 février 1999, Monsieur Valentin L. c/ Madame Estelle H.

Tribunal de grande instance :

TGI Paris, 19 octobre 2006, Mme H.P. c/ SARL Google France et Sté Google Inc.

TGI Paris, 17 mars 2006, Commune de Puteaux c/ Christophe G.

TGI Paris, 16 février 2005, TiscaliMédia c: Dargaud Lombard, Lucky Comics

TGI Toulouse, 5 juin 2002, Ass. Domexpo c/ SARL France Conseil et Monsieur A.S

TGI Lyon, 28 mai 2002, SA Père-Noel.fr c/ M.F.M., Mlle E.C. et SARL Deviant Network

TGI Nanterre, 8 décembre 1999, Lynda Lacoste c/ Société Multimédia Production

TGI Puteaux, 28 sept. 1999, AXA Conseil IARD et AXA Conseil Vie c/ C.M., C/S. et Sté Infonie

SITES INTERNETS :

http://avocat.blogs.com

http://www.cnil.fr

http://www.culture.gouv.fr

http://www.echos-judiciaires.com

http://www.europarl.europa.eu

http://www.journaldunet.com

http://www.jurisexpert.net

http://www.legalbiznext.com

http://www.legifrance.gouv.fr

http://maitre.eolas.free.fr

PRINCIPAUX TEXTES LEGISLATIFS :

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO du 22 juin 2004. Version consolidée au 24 janvier 2006

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication

Loi n° 2000-719 du 1er août 2000, JO du 2 août 2000

Directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, JOCE du 17 juillet 2000

Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audio visuelle, JO du 30 juillet 1982

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de presse

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÈVIATIONS 5

SOMMAIRE 6

PROLOGUE 7

CHAPITRE 1 : HÉSITATION 10
Section I - PREMIÈRE RENCONTRE 12
Paragraphe 1 : MOTIVATION 12
A. Légendes 12
B. Nouveau-né 16
Paragraphe 2 : PRISE DE POSITION 20
A. Imprégnation 20
B. Verdict 24
Section II – LE GRAND JOUR 29
Paragraphe 1 : LE TRAITÉ 29
A. Déclaration 29
B. Défaillance 35
Paragraphe 2: TIC TAC, TIC TAC, TIC TAC 39
A. Cache-cache 39
B. Impasse 42

CHAPITRE 2 : TENTATION 48
Section I – PHÉNOMÈNE 50
Paragraphe 1 : IMPRÉVU 50
A. Interrogation 50
B. Instruction 54
Paragraphe 2 : ADRÉNALINE 57
A. Confession 57
B. Le match 60
Section II : STRATAGÈME 65
Paragraphe 1 : PARI 65
A. Première chasse 65
B. Distraction 69
Paragraphe 2 : PRESSION 73
A. A livre ouvert 73
B. Surprise 77

ÉPILOGUE 81

ANNEXE 83

BIBLIOGRAPHIE 89

TABLE DES MATIÈRES 92